

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLI
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXVIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil
y Presidente del Consejo General
del Poder Judicial

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Estudios monográficos

MOZOS, José Luis de los: <i>Los precedentes de la codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española</i>	637
PUIG FERRIOL, Luis: <i>El contador-partidor dativo</i>	669
RIERA BLANCO, Juan Carlos: <i>La quiebra del tomador del seguro de daños</i>	689

Estudios de Derecho extranjero

STIGLITZ, Ruben Saul: <i>Contratos con cláusulas predispuestas en el proyecto argentino de unificación de la legislación civil y comercial</i>	735
ULMER, Peter: <i>Diez años de la Ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas</i> . Traducción, Jesús Alfaro Aguilera Real	763

Estudios legislativos

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: <i>Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos</i>	789
---	-----

Información legislativa

A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH	807
---	-----

Vida jurídica

JORDANO FRAGA, Francisco: <i>La responsabilidad contractual (primer y último repaso)</i>	817
--	-----

Bibliografía

LIBROS

- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, por Regina Aymerich Rentería.—GARCIA TREVIJANO, José Antonio: *Los actos administrativos*, por José Bonet Correa.—MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Las ventas a plazo de bienes muebles*, por Nieves Fenoy Picón.—VIDAL MARTINEZ, Jaime: *Las nuevas formas de reproducción humana*, por Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz

837

REVISTAS

Estudios jurisprudenciales

- BENAVENTE MOREDA, Pilar: *Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendatario sobre la misma*

849

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- La validez de las cláusulas actualizadoras de la renta en los arrendamientos urbanos. (En torno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo, 9 de abril y 14 de mayo de 1987)*, por José BONET CORREA

897

- Renta inicial y renta actualizada como bases del cómputo de las sucesivas revisiones de la recta. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1987)*, por José BONET CORREA

905

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.^o - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España, 5.500 ptas. Extranjero, 6.500 ptas.

Precio del fasciculo suelto: España, 1.800 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fasciculos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.^o, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLI
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXVIII

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

**N.I.P.O.: 051-88-020-3
I.S.S.N.: 0210-301X
Depósito Legal: M-125-1958**

**Herpa Fotocomposición, S.A.
Batalla de Belchite, 3.
28045 Madrid.**

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

«Los precedentes de la codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española»

Por JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Los presupuestos de la cuestión: Derecho romano como «Derecho común» y Derecho real como «Derecho común particular». 2. Las reformas de Felipe V: La unificación jurídica como instrumento de la modernización del Estado. 3. Nuevos objetivos y propósitos. Balance de las reformas. 4. Vicisitudes de la Ilustración en España y su reflejo en el mundo del Derecho. 5. Expresión de estos cambios en la doctrina de la época. 6. La Novísima Recopilación de las leyes de España, como epílogo, y perspectivas de la Constitución de 1812.

1. LOS PRESUPUESTOS DE LA CUESTION: DERECHO ROMANO COMO «DERECHO COMUN» Y DERECHO REAL COMO «DERECHO COMUN PARTICULAR».

Las monarquías absolutas del Occidente europeo, especialmente las que se hallaban asentadas sobre una fuerte base «nacional», venían pugnando, desde fines del siglo XV y primeros del XVI, por la construcción de un Estado moderno. Es el caso paradigmático de Inglaterra, Francia y España, a través de las vicisitudes que trajeron consigo la Reforma, la Contrarreforma, las guerras de religión, la ruptura interna del Sacro Romano Imperio de la nación germánica, la oposición al turco y las empresas colonizadoras de Ultramar. Posteriormente, a comienzos del siglo XVIII, se incorporan a esta tarea, con características muy diferentes, Austria y Prusia, mientras que España reanuda la suya, anteriormente comenzada, con un estilo totalmente distinto del precedente, aunque en él hunda sus raíces, tomando bien pronto las características de lo que, ya entrado el siglo, se denominó como «despotismo ilustrado», denominador común de la época en toda Europa continental.

Sin olvidar este marco comparativo, el tema de la «unificación»

del Derecho adquiere en España, como en otras partes, peculiaridades muy significativas, con independencia de que, generalmente, pueda ser considerado como un instrumento eficaz en la construcción del Estado moderno y al que acuden, por igual, con mayor o menor fortuna, las monarquías absolutas durante el Antiguo Régimen. Tanto es así que el Estado constitucional moderno, hasta hace poco, que hace del tema uno de sus presupuestos, se puede considerar continuador de aquellos propósitos y designios, cualquiera que sea el grado de realización anteriormente alcanzado (1).

Por otra parte, la cuestión de la unificación jurídica tiene también un significado diferente según que tengamos aspectos de Derecho público y aspectos de Derecho privado, sobre todo, teniendo en cuenta que esta «*suma divisio*» de todo el Derecho no se halla definitivamente formada hasta el constitucionalismo moderno (2), aunque tampoco pueda desconocerse con anterioridad (3), como es evidente. En este sentido, y por lo que a España se refiere, nunca hay que olvidar la doble vertiente que adquiere este planteamiento.

Efectivamente, realizada la unidad nacional por los Reyes Católicos, por la conquista de Granada y ulterior incorporación de Navarra a Castilla, en el orden jurídico público, esta unión, durante mucho tiempo, no pasa de ser una mera «unión personal», en la que Castilla, por otra parte, se convierte en cabeza de una «monarquía universal». Lo que es debido, de una parte, a la propia estructura de la «unión de Estados» de la Corona de Aragón, tanto en España como en Italia, y, de otra, a los intereses y compromisos de la Casa de Austria. En cambio, en el orden jurídico privado, durante los propios reinados de la Casa de Austria, la unidad jurídica, aunque con lento paso, se iba logrando; de modo que «se borraba la condición de extranjería entre los naturales de los distintos reinos —por lo que a España se refiere, naturalmente— y el *Digesto romano* era sustituido por la *Nueva Recopilación*» (4); si bien esta función de «Derecho común particular» opera, sobre todo, en favor de las *Partidas* que fueron no sólo un valioso instrumento de la «recepción del Derecho ro-

(1) Ahora, por todos, VILLARD, P.: «Histoire des institutions publiques de la France», 3.^a ed., París, 1983, pp. 7 y ss., quien al comienzo de la exposición de su obra, reaccionando contra el intento de cortar en dos la historia de Francia que supuso la Revolución, se pronuncia en favor de la continuidad.

(2) Definidor de la distinción, una vez lograda, fue SAVIGNY, F. C. VON: «Sistema de Derecho romano actual», trad. esp., I, Madrid, s/d, pp. 38 y ss. y 74 y ss.

(3) Ya Vigilio, en el siglo XVI, aparece como uno de sus constructores, con referencia al famoso texto de Ulpiano (D. 1,1,1,2); lo mismo Donello, en torno al criterio de la «*utilitas*»; posteriormente, con gran éxito recogió la distinción Domat, fundándola en criterios racionales; aunque tampoco hay que olvidar la definitiva aportación de Montesquieu. Sobre el particular: Vid. DE LOS MOZOS, J. L.: «Derecho civil español», *Parte General, I. Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, pp. 89 y ss.

(4) DE CASTRO, F.: «Derecho civil de España», I, 3.^a ed., Madrid, 1955, p. 189. Sin embargo, vemos que DE ACEVEDO, A.; reconoce la preferencia a la ley regia cuando se trata de material penal, lo que es muy significativo: Vid. «Commentarii Juris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones» (6 vols.), I, Lyon, 1737, *ad. N. 2,1,2*, folio 124.

mano», sino, verdaderamente, como es sabido, una de las fuentes más características de la propia «recepción». Aparte de que la interpretación de los textos del Derecho Real, cualquiera que fuesen, se hallaba impregnada de romanismo (5).

Cuestión ésta, en todo caso, que no sólo forma parte de un natural proceso de integración nacional, sino también de una nueva etapa del propio proceso de la recepción del Derecho romano, que, con aspectos particulares diferentes, presenta una cierta uniformidad en toda Europa, dependiendo no sólo de factores políticos, sino, mucho más, de movimientos culturales que influyen decisivamente, como en este caso sucedió, con el Humanismo (6), que vino a fortalecer la preeminencia que comienza a adquirir el Derecho Real (7), lo que en España opera, como es lógico, en favor del Derecho de Castilla. Situación que, mediando otras circunstancias, se manifiesta por igual en otras monarquías europeas y que respecto de la española, tiene lugar en la práctica del Derecho, incluso antes de que se promulgara la *Nueva Recopilación* (1566) en el reinado de Felipe II (8).

De todos modos, la pretensión que entraña la idea del «Derecho común particular» frente al Derecho romano y en relación con las

(5) Un autor como GÓMEZ, A., que goza, todavía, en el siglo XVIII de tanto predicamento, nada menos que comentando la Ley 1.^a de las de Toro, que establece la prelación de fuentes de acuerdo con el más escrupuloso estilo «regalista», sin que haya lugar a dudas, dice lo siguiente: «*Nota ex ista lege, quod in isto Regno, in dessinibus causarum prius, et ante omnia debet iudicari per ista Leges Tauri: Item consecutive postea per Leges Ordinamenti, et Pragmaticas huius Regni, et leges Partitae; licet non prohibetur eaurum usus, nec consuetudine; postea per Leges Fori, quae fuerint in usu, et consuetudine; Postea vero his deficientibus, debet iudicari per ius commune Romanorum Consultorum, et Imperatorum quod legitum, et disseritur in Scholis et Studiis generalibus...*» («*Ad leges Tauri Commentarium absolutissimum*», ed. Matriti, 1780, folio 2).

(6) Cuestión de la que me he ocupado en otro lugar. DE LOS MOZOS, J. L.: «Humanismo y “mos gallicus” en la Escuela de Salamanca», ahora en «Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno», Madrid, 1977, pp. 283 y ss.

(7) CALASSO, F., nos dirá que esto tiene lugar a través del «*Imperio rationis*»: Vid. «Medio Evo del Diritto», I, Milano, 1955, pp. 627-628, en sede conclusiva; pero en referencia al estilo del texto, vid. CAVANNA, A.: *Storia del diritto moderno in Europa*, I. «Le fonti e il pensiero giuridico», Milano, 1979, pp. 193 y ss.; COING, H.: *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, I, «Alteres Gemeindes Recht», München, 1985, páginas 68-69.

(8) Esta preocupación aparece, por primera vez, después de la «recepción», en el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), que reconoce fuerza de ley a las *Partidas* y establece un orden de prelación de fuentes y que es el siguiente: Ordenamiento, Fueros y Partidas (O. A., tit. 28, ley 1.^a). Sin embargo, al final de la ley citada se dice: «Empero bien queremos, e sofrimos que los libros de los derechos, que los Sabios antiguos fizieron, que se lean en los Estudios generales de nuestro Sennorio, porque ha en ellos mucha sabiduría, è queremos dar logar, que nuestros naturales sean sabidores, è sean por ende más onrrados». Se reitera después en la *Ley 1.^a de Toro*, como anteriormente hemos dicho, de forma más circunstanciada la prelación de fuentes, siempre en favor del Derecho Real, pero... En el intervalo la Ordenanza Real de Juan II, en Madrigal (1427), prohíbe la alegación ante los Tribunales de toda opinión o doctrina que no sea de Bartolo y Juan Andrés. Los Reyes Católicos, en la Ordenanza Real de Madrid (1499), reiteran esta prohibición —que recoge la Ley 1.^a de Toro— ampliando la excepción a Bartolo y Baldo, entre los legistas y a Juan Andrés y el Abad Panormitano, entre los canonistas.

particularidades jurídicas de los distintos territorios españoles, aunque se va imponiendo gradualmente en relación con éstos (9), no deja de presentar alguna peculiaridad, como es el caso de Cataluña (10).

(9) En Aragón, dado el carácter señorial de sus Fueros, según suele decirse, la nobleza se opuso siempre a que se aplicara el Derecho romano, sin duda para hacer la contra a los reyes cuando éstos se apoyaban en él para extender su hegemonía. A esta razón, que es la que más comúnmente suele darse, hay que añadir el carácter de Derecho vulgar de su *ius proprium*, lo que chocaba, naturalmente, con el Derecho romano de la recepción y al que no se le reconocía otro valor que el que se daba a la «razón natural». Por otra parte, la vida universitaria en aquella región fue prácticamente inexistente hasta los tiempos modernos. Por eso no tiene nada de extraño que, a la unión con Castilla, penetrara sin obstáculo alguno el Derecho de Castilla, como Derecho común. Lo que los comentaristas del siglo XVIII, aragoneses, reconocen abiertamente: por todos, ahora, DE VILLALBA, F.: «*Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, iure civile ac canonico fulcita, legibus Castellae conciliata et omnigena eruditio contexta*», 2.^a ed., Zaragoza, 1743, I, p. 361, dice que las leyes castellanas son aplicables por proximidad y mandato real. También DE ASSO, J. (y DE MANUEL M.): «*Instituciones del Derecho civil de Castilla*», 5.^a ed., Madrid, 1792, en la introducción sienta como evidente que el Derecho común es el de Castilla, añadiendo más adelante que «en Aragón no deben gobernar ni decidir por las Leyes romanas» (p. CXXVI). En Navarra se entiende mucho antes, y a partir de su incorporación a Castilla, que, a falta de disposición propia, rige el Derecho Real castellano y, en su defecto, las Partidas: en este sentido, MARTÍN DE OLANO: «*Concordia et nova reductio antimoniarum iuris communis ac regii Hispaniarum*», Burgos, 1575, indicando además que esta era la práctica de los Tribunales navarros. Por todo lo cual, ha sido muy criticado por los foralistas navarros modernos. En cualquier caso, la obra del anterior es interesante por contribuir a la formación de una importante bibliografía de antinomias o concordancias, siguiendo en esta línea a VILLALOBOS, J. B.: «*Antinomia iuris hispaniarum et civilis*», Salamanca, 1569. Posteriormente, se publica otro libro importante debido a XIMÉNEZ, S.: «*Concordiae utriusque iuris civilis, et canonici, cum legibus partitarum, glossematisbusque Gregorii Lopez, et plurimorum Doctorum...*», Matriti, 1611. Pero las obras de estos últimos carecen de las preocupaciones prácticas que animan a los anteriores, pues se trata de profesores de *Instituta*, no de meros prácticos.

(10) En primer lugar, en Cataluña —salvo en el caso de las Costums de Tortosa— no existen fuentes particulares de la recepción. De aquí, en cambio, no se puede pasar a decir que solamente en Cataluña y Baleares hubo recepción del Derecho romano y que no la hubo en los restantes territorios españoles. Esto es una exageración insostenible, pues la recepción es un fenómeno europeo, no solamente catalán o balear, y no se puede para enaltecer lo propio despreciar lo ajeno, cuando con ello se incurre en inexactitudes de esta naturaleza. Sea como fuere, el que, directamente, se apliquen en algunos casos las fuentes romanas o en bloque como pretendido Derecho supletorio no quiere decirse que, por ello, en Cataluña ha penetrado más la recepción que en otras partes, pues esto no pasaría de ser algo anecdótico, dependiente de una serie de circunstancias que pueden valorarse de muchas maneras, unas positivas y otras negativas. El caso es que el rey Martín V, el Humano, en 1409, por constitución acordada con las Cortes reunidas en Barcelona, admite el Derecho común como Derecho supletorio. Posteriormente, Felipe II, en las Cortes de 1599, en Monzón, confirma esta disposición, entendiendo por Derecho común el Derecho canónico, el Derecho romano y la doctrina de los Doctores. Con lo que el Derecho romano adquiere una importancia extraordinaria, formalmente hablando —aunque en otro sentido lo fuera tanto en cualquier otro territorio español— y habida cuenta lo fragmentario del ordenamiento propio. Pero tampoco hay que olvidar que, por ello mismo, y por la propia irreductibilidad al romano de muchas de las especialidades del Derecho catalán, de abolengo franco, su situación era parecida a la de otros territorios españoles. Tampoco hay que olvidar que las Partidas tienen, desde la Edad Media, una influencia extraordinaria en Cataluña, como una de las fuentes del Derecho común que, a la vez, lo es del Derecho de Castilla, y esto explica la uniformidad de muchas soluciones en

Cuestión que hay que contemplar desde, y dentro, de la dinámica de la recepción, la que, en otros niveles, afecta por igual a los demás territorios e incluso a Castilla (11). En este contexto no es extraño que no falten intentos y propósitos, entre los gobernantes de la época, para llevar a cabo la unidad jurídica, idea que no deja de acariciar el infatigable Conde-Duque de Olivares (12), en el reinado de Felipe IV (13), iniciado ya el ocaso del poderío español en Europa y que, por graves dificultades políticas, ni siquiera intentó ponerla en práctica, en particular por lo que se refiere a los aspectos del Derecho público, a los que fundamentalmente iba referida (14). En lo que concierne a los aspectos de Derecho privado, cualquier reforma hubiera ido contra el auge de la tradición romanista que conoce en esta época un extraordinario esplendor, como uno de los aspectos más característicos de la cultura del Barroco (15).

Esto se manifiesta, en España, con la continuación del Humanismo jurídico en la Escuela de Salamanca (15). Humanismo que había dejado tras de sí una estela que hizo posible en Alemania, y en otras partes de Europa central, el retorno al «*mos italicus*», debido a la influencia del iusnaturalismo, en lo que la aportación española fue decisiva para la conformación de la cultura jurídica europea de la época, a través de la Escolástica tardía (Vitoria, Báñez, Soto, Gabriel Vázquez, los Molina, Gregorio Valencia, Vázquez de Menchaca, Suá-

el Derecho anterior al Código civil, comunes a ambas tradiciones jurídicas, castellana y catalana (p. ej., la «*confirmatio donationis inter virum et uxorem*», prohibidas en el antiguo Derecho por inspiración o aplicación directa o indirecta del romano, etc.).

(11) Anteriormente nos hemos referido a las *Partidas* como fuente de la recepción, pero, por otra parte, el hecho de que se consideren y, realmente lo son, extractos, resúmenes o desarrollos de fragmentos o pasajes de las fuentes romanas, en su mayor parte, facilita la alegación del Derecho romano como Derecho común. En tal sentido, por todos DE COBARRUBIAS, D.: *Variarum Resolutionum*, I, 14,5 (en «Opera Omnia», ed. Lugduni, 1606, p. 68), entiende que debe acudirse al original romano, para resolver las dudas que puedan presentarse; GÓMEZ, A.: «Ad leges Tauri», ed. cit., *ad legem I*, núms. 1, 9, 10, es del mismo parecer, y otro tanto encontraremos en LÓPEZ G.: «Las siete Partidas del sabio rey Don Alonso el Nono», Salamanca, 1555, II, P. 3, 5, 13, gl. 2; III, P. 5, 5, 5, *glos.* 6 y 7, que considera al Derecho romano como complementario.

(12) Fue uno de los constructores del Estado moderno en la época llamada de los Austrias menores, ministro de Felipe IV y al que la suerte no le favoreció en sus empresas, por lo que no ha gozado de mucho prestigio dentro y fuera de España. Actualmente se ha iniciado una rehabilitación de este importante personaje: VID. ELLIOT, H. J.: «Richelieu y Olivares», trad. esp., Barcelona, 1984 (de la ed. inglesa original, que es del mismo año, «Cambridge University Press»).

(13) Así, entre otros, lo afirma SÁNCHEZ, G.: «Curso de Historia del Derecho», 9.^a ed., Madrid, 1960, p. 176.

(14) DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: «Sociedad y Estado en el siglo XVIII español», Barcelona 1976, p. 85.

(15) Es el caso de la continuidad del humanismo jurídico en la Escuela de Salamanca, tal y como se manifiesta en Fernández de Retes y en Ramos del Manzano, cuyas obras adquieren igualmente valor sistemático, tal sucede con sus aportaciones en materia de posesión, algunas de las cuales fueron recogidas en el *Thesaurus*, de MEERMANN, considerándolas SAVIGNY, F. C. von: «Das Recht des Besitzes», 7.^a ed., Wien, 1865, p. 15, comparables a las mejores producidas por la escuela francesa.

rez, etc.), apareciendo como un efecto secundario del propio Humanismo. De manera que, mientras éste hizo valer el «*imperio rationis*» frente a la «*ratione Imperii*», de lo que se benefició el iusnaturalismo, los excesos del propio Humanismo y la evidencia de que el Derecho romano representaba el Derecho racional, hicieron posible el retorno simultáneo y paralelo al Derecho natural y a la tradición europea del Derecho común. Tal y como lo reciben un Hugo Grocio o un Oldendorp, a comienzos del siglo XVII, en el primero de los sentidos indicados, y tal y como se produce mencionado retorno, a través de un Carpzovio, en la Escuela de Sajonia (16), de donde se extiende a toda Alemania, en la que se instaura, como en otras partes, el *usus modernus Pandectarum* para dos siglos (17). Tanto que la enseñanza del Derecho romano, desterrada tradicionalmente de la Universidad de París, o muy reducida, aunque practicada en Orleáns, vuelve solemnemente en virtud de un Edicto de Luis XIV, de 1679 (18), bien que, en el mismo, se impone también la enseñanza del Derecho francés (19). En España, en cambio, aunque el reconocimiento legislativo de la preeminencia de las «leyes patrias» se remonta al «*Liber iudiciorum*» o Fuero Juzgo, no tiene lugar por el momento nada parecido.

(16) Para esta derivación del Humanismo, vid. WIEACKER, F.: *Humanismus und Rezeption*, en «Grunder und Bewahrer», Göttingen, 1959, pp. 44 y ss.; «Privatreschts-geschichte der Neuzeit», 2.^a ed., Göttingen, 1966, pp. 165 y ss.; 204 y ss.; 225 y ss. Para el fundador de la Escuela de Sajonia, vid. HEINE, J. F.: «Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivil rechtlichen Werken», Dis. Freiburg im Breisgau, 1964.

(17) WIEACKER, F.: «Privatrechtsgeschichte», cit., 208 y ss.; 217 y ss.; WESENBERG, G., y WESENER, G.: «Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte», 4.^a ed., Wien, 1985, pp. 115-116.

(18) Debido al prestigio del ministro Colbert. Anteriormente no se enseñaba el Derecho romano oficialmente, aunque tal enseñanza tenía lugar, aún públicamente. Por ello, pareció más razonable regularla. Se han conservado en manuscrito textos de ambas épocas. De ellos, y de otros datos, se deduce que el peso real del Derecho romano en la enseñanza del Derecho era importante (lecciones de *Instituta* en primero y cursos de *Digesto* en segundo y tercero). Por otra parte, cuando se está preparando la Ordenanza, uno de los colaboradores de Colbert estima que de cinco días lectivos, dos deben dedicarse a Derecho francés (Ordenanzas y Costumbres) y el resto al Derecho romano. Pero también hay que tener en cuenta que, en la Ordenanza de 1679, se restablece la enseñanza del Derecho canónico, que será también Derecho francés, al concebirse conforme al más puro galicanismo: Vid. LEMASNE-DESIOBERT, M. A.: «La Faculté de droit de Paris aux XVII et XVIII siècles», Paris, 1966, p. 41 y ss; 80 y ss.; 93 y ss.

(19) Lo que no se plantea sin problemas, según nos refiere M. A. Lemasne-Desjober, pues ya en 1680, F. Delaunay, primer profesor real de Derecho francés, precisa que éste «consiste, en las Ordenanzas del Reino, en las ordenanzas reales, las costumbres de las provincias y la jurisprudencia de las resoluciones». Pero dada la concepción regalista, propia del galicanismo, el Derecho canónico forma parte del llamado Derecho francés, en el que hay que distinguir entre público y privado, considerando se extiende también a ciertas partes del Derecho romano, pragmática sanción, concordato, etc. Por eso, frente a este concepto amplio y difuso de Derecho francés surge un concepto restringido referido a aquellas instituciones abreviadas que constituyen los elementos del Derecho privado. Ni qué decir que ambas tendencias tardarán en ponerse de acuerdo, no faltando una tercera vía, como la elegida por F. Delaunay, que se limita en su programa a un comentario de las *Instituciones* de Loisel: Vid. op. cit., páginas 94 y ss.

do, hasta que lo intente, sin éxito, Felipe V. Sin embargo, no faltaron mucho antes defensores del Derecho Real.

Ya a comienzos del siglo XVII, A. de Villadiego, editor del Fuero Juzgo, teniendo presente la antinomia entre las leyes regias y el Derecho romano, afirma que las contenidas en éste sólo cabe utilizarlas, «*tanquam ratione naturali si fundatur in ea, non tanquam legibus*» (20), pero esto no pasa de ser más que una manera de hablar, un subterfugio para salvar la imagen de lo que se quiere defender. En otro plano se sitúa Simón Abril, un maestro en artes liberales que publicó en 1589 un breve opúsculo, *Apuntamientos* (21), criticando la manera de enseñar el Derecho, tanto por lo que se refiere al Derecho romano como al Derecho Real, cuyos *errores* denuncia (22). Pero se trata de un humanista menor que critica al Derecho, inspirado en Erasmo y en Luis Vives que, por no ser jurista y por no gozar de la calidad y del prestigio de sus modelos, no dejó huella alguna (23). En cambio, sí era jurista Francisco Bermúdez de Pedrada,

(20) «*Forus antiquus Gothorum Regni Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie fuero Juzgo nuncupatus*», Madrid, 1600, fols. 71 y ss. Este autor escribe también una «*Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte*», Madrid, 1612.

(21) El título es ya expresivo por su desmesurada longitud: «*Apuntamientos de cómo se pueden reformar las doctrinas; y la manera de enseñállas, para reducillas a su antigua entereza y perficion; de que con la malicia del tiempo, y con el demasiado deseo de llegar los hombres presto a tomar las insignias dellas, han caydo*» (Madrid, 1589). Hay edición moderna en la *Biblioteca de Autores Españoles* (ed. Madrid, 1953).

(22) Para la bibliografía sobre este autor, vid. MONREAL DE CASTRO, M.: «*Pedro Simón Abril*», Madrid, 1949, pp. 275 y ss., nota 3.

(23) Lo más conocido de toda la obra es el capítulo de los *Errores del Derecho civil*, donde utiliza la expresión Derecho civil en las acepciones más diversas y donde se mezcla la crítica humanista, con un alto concepto del Derecho romano clásico que no se compagina con la exaltación del Derecho Real y con la derogación de todo el Derecho escrito, sustituyéndole por el gobierno del buen uso de la razón. Como dice Alejandro Guzmán Brito, que ha prestado últimamente atención a la curiosa obra de Simón Abril, todo esto nace de un estado de opinión, muy propio del siglo XVI, contrario a la situación en que se encontraba, entonces, el Derecho. Pero en todo ello hay también un poco de utopía, como siempre que se está contra el Derecho, no sólo contra una determinada situación jurídica. Por lo demás, según el ilustre historiador y romanista chileno, el remedio que proponía nuestro autor a tal situación «era el mismo que ya había planteado Justiniano, sólo que bien llevado a cabo. Simón Abril quería, siguiendo el modelo del Derecho clásico, unas leyes que mandaran y prohibieran, tan bien redactadas, en lengua patria además, y ordenadas, que evitaran la repetición de las experiencias históricas del Derecho romano tardío y del presente, consistentes en la explotación de las mismas por los juristas y en su resultado, es decir, la discordancia, oscuridad y confusión del Derecho». Añadiendo que, «de este modo Simón Abril planteaba una suerte de paralelismo instructivo entre la historia del Derecho romano y la historia del Derecho nacional y de las experiencias de ambos deseaba extraer la solución final para el último, o sea, la nueva codificación, que concebida, sin embargo, de modo contrario a la codificación justiniana, operara en el Derecho nacional lo que aquélla no había operado ni en el romano ni en el moderno». Vid. del autor citado: *Estudios en torno a las ideas del Humanismo jurídico sobre reforma del Derecho (I). Un humanista español frente al Derecho de su época: Pedro Simón Abril*, en «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», Universidad Católica de Valparaíso, IX, 1984, pp. 167 y ss. y 185.

que publicó, en Salamanca, en 1612, un *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, donde aparte de algunas disquisiciones de interés que encontraron poco eco (24), lo único que hace es poner, en el mismo plano de importancia, en el estudio del Derecho, que los libros del Derecho canónico y civil, a las Partidas «que son el Derecho común de Castilla» (25). Pero, contemporáneamente, publica otra obra que, aunque nos depara una buena idea de la formación clásica en el estudio del Derecho común, no contiene ninguna sola cita del Derecho Real(26). Finalmente, citaremos aquí una obra inédita de Lope de Deza, el *Juicio de las leyes civiles*, ya que, a pesar de esta circunstancia, ha merecido la atención de los estudiosos, sobre todo, para valorar el estado de opinión de una época, referida en este caso al reinado de Felipe III (27). Este autor, bachiller en Leyes, parece que no se dedicó nunca a ejercer una profesión jurídica, sino a la enseñanza de las artes liberales, por eso su obra conecta un poco con la de Simón Abril y, de alguna manera, precede a la de Saavedra Fajardo. La obra es interesante, por cuanto lleva a cabo una crítica de la sociedad de su época, acabando lo mismo que su precursor por propugnar la codificación y la reforma del Derecho (28).

De todos modos, estas y otras observaciones ponen de relieve un desfase entre el sistema jurídico y una idealización de lo que podríamos llamar, con un poco de generosidad, el sistema político, sin reparar que, gracias a este desfase, sin duda alguna existente, se desarrollaban y mantenían unas cuotas de libertad que, de otro modo, hubiera sido imposible imaginar, como lo prueba el escaso resultado práctico alcanzado, durante el siglo siguiente, por los propósitos de reforma del despotismo ilustrado.

En cualquier caso, y volviendo a los proyectos de reforma del Conde-Duque, animados por el propósito de alcanzar una mayor agilidad, financiera y burocrática, de la complicada maquinaria del Estado, se ha querido ver en ellas y, no en vano, un claro precedente a las reformas de Felipe V (29), que, como decíamos inicialmente, hunden sus raíces en un ambiente perfectamente propicio y que responden, a pesar de no acertar del todo con las soluciones, a una necesidad univeralmente sentida, lo que de nuevo se reitera en el últi-

(24) DELGADO PINTO, J.: *Un traité de didactique juridique au XVII siècle: El arte legal para estudiar jurisprudencia*, Salamanque, 1612, de f. Bermúdez de Pedraza, en el vol. «Le raisonnement juridique» (Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale), Bruxelles, 1971, pp. 195 y ss.

(25) «Arte legal», cit., p. 70.

(26) «Paratitla y exposición a los títulos de los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano», Salamanca, 1612.

(27) TAU ANZOATEGUI, V.: *El «Juicio de las leyes civiles» de Lope de Deza. Una obra crítica y reformadora en tiempos de Felipe III*, en «Revista de Historia del Derecho», 13, Buenos Aires, 1985, pp. 479 y ss., y allí otras referencias (481-482).

(28) *Op. y loc. cits.*, pp. 509 y ss.

(29) ANES, G.: «El Antiguo Régimen: Los Borbones», Madrid, 1975, pp. 297-298.

mo tercio del siglo XVII (30), mientras que contemporáneamente vuelve a aparecer el tema del Derecho romano y del Derecho Real, esta vez por boca de un escritor político de tanto prestigio como Saavedra Fajardo, que, aunque no duda en la importancia que debe darse al Derecho Real, recomienda el estudio y cultivo del Derecho romano, por las indudables ventajas que ofrece (31). Lo que se compagina con ese renacimiento del prestigio del Derecho romano, en la segunda mitad del siglo XVII, unido nuevamente a los renovados intentos de construcción sistemática del Derecho natural, debidos a un Leibniz, a un Domat o, últimamente, a un Heinecio, de lo que volveremos a ocuparnos. Finalmente, por lo que a las reformas de Felipe V se refiere, no hay que olvidar las difíciles circunstancias en que hubo de gobernar a su advenimiento al trono de España, por lo que el proceso de reforma entra en una fase de aceleración, con su ejecución inmediata, en alguno de sus más importantes aspectos, como vamos a ver seguidamente.

2. LAS REFORMAS DE FELIPE V: LA UNIFICACION JURIDICA COMO INSTRUMENTO DE LA MODERNIZACION DEL ESTADO

Es cierto que Felipe V se había educado en la corte de Luis XIV, pero no por ello hay que pensar que el joven rey traía unas ideas preconcebidas que iba a tratar de imponer, «*coûte que coûte*», como actos de gobierno. Entenderlo sólo de este modo sería trivializar la obra de un gran rey, a quien le tocó reinar en momentos muy difíciles. Por lo demás, es cierto que en la Guerra de Sucesión se contraponen dos concepciones del Estado que están en la dinámica de la Historia perfectamente definidas, Felipe V apostó por la que iba a triunfar: por el Estado nacional (32). Por otra parte, la idea de la «unificación del Derecho» estaba en las tradiciones de gobierno de las monarquías absolutas, desde hacía más de dos siglos, anteriores a que esta idea tomara cuerpo y realidad con el «despotismo ilustrado» en todas partes, como aparece paradigmáticamente en Prusia (33).

(30) KAMEN, H.: «La España de Carlos II», trad. esp., Barcelona, 1981; también DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: «Sociedad y Estado», *cit.*, pp. 13 y ss.; PALACIO ATARD, V.: «Manual de Historia Universal», IV. «Edad Moderna», 2.^a ed., Madrid, 1970, páginas 437 y ss.

(31) SAAVEDRA FAJARDO, D.: «Empresas políticas. Idea de un príncipe cristiano», 2 vols., Valencia, 1786, pp. 194 y ss.

(32) Esto no tiene que ver nada, por otra parte, con el españolismo del Archiduque del que deja brillantes testimonios en la corte imperial una vez que accede al trono, como Carlos VI. Ni tampoco con la política italiana de Felipe V, aunque pueda ser considerada como una proyección de su deseo de independencia respecto de Francia.

(33) PILLORGET, R.: *Del absolutismo a las revoluciones*, en «Historia Universal» («Eunsa»), IX, Pamplona, 1984, especialmente, pp. 415 y ss.; también GAXOTTE, P.: «Frédéric II», reimpr., París, 1973.

De esta suerte, si tuviéramos que calificar a Felipe V por sus reformas, no podríamos decir que era un rey ilustrado, en sentido estricto, pues la Ilustración se desarrolla y penetra en España bien mediado el siglo XVIII, pero sí se le puede catalogar, como a algunos de sus colaboradores más inmediatos, entre los «preilustrados». Toda una generación que se ha formado en el paso del viejo al nuevo siglo, que ha conocido el ocaso de la cultura del Barroco (34), el esplendor de Luis XIV y las reformas emprendidas por sus ministros (35) y, finalmente, un nuevo equilibrio europeo que va a consagrarse la paz de Utrecht (1713).

Este cambio de mentalidad, a pesar de todo lo que se ha dicho, también le va a encontrar el joven rey a su advenimiento al trono. Por otra parte, es lógico que el modelo del esplendor de Luis XIV, haya calado en los políticos españoles conscientes de su responsabilidad. Aquel esplendor, en lo que aquí nos interesa, se ha manifestado, sobre todo, en redondear las fronteras de Francia a costa de España y a costa del Imperio, afirmando su nacionalidad, es natural que cuando el síndrome de la «dispersión» se deje notar al sur de los Pirineos la reacción del rey, y de sus ministros, responda a algo más que a una aplicación de las ideas francesas. Además, entre sus súbditos hay personas eminentes que acreditan, por su vida y por sus obras, un nuevo talante. Baste citar aquí, como ejemplo, por un lado, en el mundo de las letras a Benito Feijóo (1676-1764), profesor de la Universidad de Oviedo, cuya influencia fue enorme en todo el siglo y, en el de la política, a un nombre muy significativo, Melchor de Macanaz (1670-1760), ministro especialmente vinculado a las reformas de Felipe V, tanto por lo que se refiere al tema de la unificación política como a otros aspectos, muy interesantes de la modernización del Estado (36).

(34) En la historia española se distingue claramente entre reformistas e ilustrados, marcando un hito diferencial el comienzo del reinado de Carlos III (1759). Por lo demás, vid. HAZARD, P.: «La crisis de la conciencia europea (1680-1715)», trad. esp., Madrid, 1976; «El pensamiento europeo en el siglo XVIII», trad. esp., ed., Madrid, 1985; BLUCHE, F.: «Le despotisme éclairé», Paris, 1970; SÁNCHEZ AGESTA, L.: «El pensamiento político del despotismo ilustrado», Madrid, 1953.

(35) Ya nos hemos referido antes a la reforma de las enseñanzas del Derecho en la Universidad de París, por el Edicto de 1679. Ahora nos referimos a la renovación jurídica llevada a cabo por el ministro Colbert, de 1667 a 1681, que constituyen verdaderos códigos, sobre procedimiento civil, aguas y montes, procedimiento criminal, comercio y marina. Sin olvidar los intentos de llevar a cabo una codificación civil por Lamoignon y que se queda en sus *Arretés* que termina en 1672 y que no se publican hasta 1697, pero que sirvieron después para los trabajos del canciller D'Aguesseau, que publica sus famosas ordenanzas, entre 1731 y 1747, sobre las donaciones, los testamentos y las sustituciones. Ordenanzas que son las únicas, en toda la obra legislativa de la antigua monarquía, que reglamentan en su conjunto grandes materias de Derecho civil. Para esto, vid. REGNAULT, H.: «Les ordonnances civiles du chancelier D'Aguesseau», 2 vols., Paris, 1929-1938.

(36) Para esto, vid. DE LOS MOZOS TOUYA, I. M.: «Macanaz, un preilustrado. Su vida y sus reformas» (Memoria de Licenciatura. Universidad de Valladolid. Facul-

Pero, como indicábamos antes, al hablar de la aceleración histórica de estas reformas, hay que tener muy en cuenta que, en su mayor parte, la ocasión se presta propicia como consecuencia de la Guerra de Sucesión. Efectivamente, al haberse colocado Aragón, Valencia y Cataluña al lado del archiduque Carlos de Austria, Felipe V tendrá motivos para suprimir sus Cortes particulares y base para unificar el Derecho nacional. Sin embargo, no hay que ver en ello una represalia, como se ha querido hacer ver, sino la aplicación de un programa de gobierno, lo que sucede es que la ocasión bélica remueve dificultades, que sin ella no se hubieran planteado. Por otra parte, la unificación sólo tiene lugar, a la larga, en el ámbito del Derecho público, respetándose los Derechos privados particulares, salvo en el caso de Valencia, todo ello con el beneplácito o la conformidad de los naturales de esos territorios, que a cambio obtenían otras ventajas, como han precisado los historiadores (37).

Sea como fuere, su propósito y programa general, como dice Federico de Castro (38), está contenido en el Decreto de 1707, en el que manifiesta: «Sus deseos de reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo» (39). Por otra parte, este decreto suprime los Derechos especiales de Aragón y Valencia y en la referencia al Derecho de Castilla, no hay que ver únicamente un intento de castellanización de todo el Derecho español, sino el hecho, incontrovertible, de que el Derecho de Castilla era el único que podía servir de base para la formación de un Derecho nacional, puesto que se ofrecía como un cuerpo bastante completo, a diferencia de los otros Derechos españoles, cuestión que tampoco puede entenderse, como ya hemos advertido inicialmente, si no se tiene en cuenta el *sistema* propio del Derecho común y teniendo presente que el Derecho castellano venía cumpliendo función de «Derecho común particular» frente a los otros ordenamientos españoles y con alguna pequeña salvedad que depende más de las exigencias de la recepción que de otras razones, como es el caso de Cataluña; a lo que hay que añadir el prestigio de los cuerpos legislativos castellanos, y especialmente de las *Partidas*, aceptado por todos. Sin olvidar que, en aquel tiempo, como vehículo de la recepción en la América española y, en parte, en la portuguesa,

tad de Derecho), Valladolid (inédito), 1985. De la que se ha publicado una parte resumida, bajo el título «Tres cuestiones jurídicas vinculadas a Macanaz», en «Cuadernos de Investigación Histórica», 11 (1987), pp. 37 y ss.

(37) Vid. por todos, PESET REIG, M.: *Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 42, 1972, pp. 657 y ss., especialmente pp. 682 y ss.

(38) «Derecho civil de España», cit., I, p. 190.

(39) «Novísima Recopilación de las Leyes de España» (N. 3, 3, 1), Madrid, 1805, reimpr. 1975.

había extendido su imperio a todo un continente (40). Lo que también tiene un significado propio, y muy específico, en un *sistema* de Derecho común (41).

Pero volvamos ahora a las reformas de Felipe V. Un mes más tarde, en 29 de julio de 1707, hace expreso reconocimiento de los «privilegios, exenciones, franquezas y libertades» a los que le habían permanecido leales, pero «no entendiéndose esto en cuanto al modo de gobierno, leyes y fueros de dichos Reinos —se refiere a Aragón y Valencia—, así por los que gozaban y la diferencia de gobierno fue, en gran parte, ocasión de las turbaciones pasadas, porque en el modo de gobernarse los Reinos y pueblos no debe de haber diferencias de leyes y estilos» (42).

Esta buena disposición del rey se manifestará más adelante, al terminar la guerra, o a medida que se reconquisten los territorios de manos del pretendiente austriaco o, más adelante, con los decretos de *Nueva Planta*, de lo que vamos a ocuparnos seguidamente. Entretanto, la unificación jurídica se extiende a los aspectos que podemos llamar de Derecho público. Efectivamente, ya en 1709, se reúnen las Cortes con representantes de Castilla y Aragón y en 1724 concurren también los de Valencia. Por otra parte, en la primera época del reinado desaparecen los Consejos de Navarra y Aragón, centralizándose la gestión de todos los asuntos en el Consejo de Castilla, que por entonces también se reorganiza. Finalmente, la distinción entre naturales de los diversos reinos, se condena de forma muy expresiva, diciendo: «Han de cesar las prohibiciones de extranjería, porque mi Real intención es que en mis Reinos las dignidades y los honores se confieran recíprocamente por el mérito y no por el nacimiento en una u otra provincia de ellos» (43).

Por lo que se refiere a los decretos de *Nueva Planta*, se trata de reorganizar las Reales Audiencias de Zaragoza, Mallorca y Cataluña, homologándolas a las Chancillerías de Valladolid y Granada, con objeto de que todos los Tribunales del Reino tengan una estructura semejante. Lo que da pie para reconocer la subsistencia de las especialidades civiles de los respectivos Reinos, que, de alguna manera, quedan fijadas para evitar los abusos que se venían produciendo en los pleitos de alegar costumbres o fueros de existencia dudosa, cuestión que había sido objeto de críticas y de reclamaciones a la real

(40) No sólo llevando el Derecho castellano a América, sino dando lugar a un nuevo *ius gentium* como el Derecho indiano, cuya recopilación promulga Carlos II, como *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, en 1680, a las que sirve de Derecho supletorio, el castellano, en el orden de prelación establecido por la Ley 1.^a de Toro.

(41) Vid. DE LOS MOZOS, J. L.: «Derecho civil español», *cit.*, I-1, pp. 81 y ss. Para matizar en cuanto a la supervivencia del *sistema* de Derecho común en la Edad Moderna, y en cuanto a su significado como «Derecho jurisprudencial», vid. CAVANNA, A.: «Storia del diritto moderno in Europa», *cit.*, pp. 66 y ss.; 75 y ss., y 95 y ss.; COING, H.: «Europäisches Privatrecht», *cit.*, pp. 34 y ss., y especialmente p. 76.

(42) N. 3, 3, 2.

(43) N. 5, 10, 1, n. 7.

instancia y de lo que existen numerosos y reiterados testimonios. De esta suerte, el Decreto de 1711, ordenando la nueva planta de la Real Audiencia de Zaragoza, establece que «la Sala de lo Civil ha de juzgar los pleitos según las *leyes municipales* de este Reino de Aragón» (44). El decreto de 1715, de establecimiento y nueva planta de la Real Audiencia de Mallorca, establece que se «observen todas las Reales Pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la Isla y el Reino de Mallorca» (45). Por último, el Decreto de 1716, de establecimiento y nueva planta de la Real Audiencia de Cataluña, dispone que «se observen las Constituciones que antes había en Cataluña, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este Decreto» (46).

De esta manera, se había rectificado respecto del programa diseñado en el Decreto de 1707, al reconocer la subsistencia de los Derechos civiles particulares, con excepción del de Valencia, que queda suprimido (47). En cambio, se había conseguido un mayor fortalecimiento en cuanto a que el Derecho común castellano, sustituyera en cuanto Derecho común al Derecho romano, con lo que puede decirse, por tanto, que la unificación jurídica se había logrado. Unicamente quedaban en el Derecho público las Autonomías de Navarra y de las provincias Vascongadas, puesto que, unidas a Castilla, en el Derecho privado, el Derecho castellano, venía funcionando como Derecho común, aunque todo esto tenga algunos matices a los que más adelante nos vamos a referir.

Por lo que se refiere a la pérdida por el Reino de Valencia de su Derecho particular, sin que corriera la misma suerte que otros Reinos de la Corona de Aragón que obtuvieron, como hemos visto, su devolución del propio Felipe V, no cabe duda que influyen dos factores muy importantes. El más significativo, sin duda, fue que «los mismos valencianos —unas clases, unos estamentos— no veían con buenos ojos la devolución. En este sentido informan a Madrid, y —los más— no se esfuerzan en alcanzar la gracia» (48). Pero tampoco hay que olvidar otro aspecto, el que por las razones que fuere, las especialidades del Derecho particular valenciano no eran tan significativas como las de otros Derechos forales, bien por lo que se refiere a la tradición vulgar o a la tradición culta que les anima (49).

(44) N. 5, 7, 2.

(45) N. 5, 10, 1.

(46) N. 5, 9, 1.

(47) Años más tarde, todavía se postula por su conservación: Vid. MAYANS, G., y SISCAR: «Parabién del Rector y Claustro de la Universidad de Valencia al rey Carlos III en su advenimiento al Trono», Valencia, 1760, rogando al monarca que en la Audiencia de Valencia había de haber cierto número de ministros que fuesen valencianos para que juzgasen los pleitos antiguos de Derecho foral. Vid. nota 37.

(48) PESET REIG, M.; *Op. cit.*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 42, 1972, p. 683.

(49) Esta menor densidad sistemática se observa en las fuentes más prestigiosas del Derecho foral valenciano. Por otra parte, no hay que olvidar que *Les Furs*, clara-

Para completar las reformas anteriormente indicadas, a las que hemos de volver, no tenemos que pasar por alto dos Autos acordados del Consejo de Castilla de 1709, relativos a la enseñanza del Derecho, en lo que se ve la mano de Macanaz, por aquel tiempo Fiscal del Consejo (50). Ambas muestran, una vez más, no sólo la debilidad de una monarquía absoluta, sino también cómo se desenvuelven las cosas en una época que, aunque tardía, todavía responde a las características del Derecho común, donde las fuentes legales (pragmáticas, constituciones, ordenanzas, etc.) alcanzan sólo una importancia relativa, pues deben de integrarse en un «*corpus*» que lo envuelve todo, nutrido fundamentalmente del Derecho romano de la recepción, en este caso, el correspondiente a la época del «*usus modernus Pandectarum*», donde, en ocasiones, llegan a perderse o, al menos, diluirse. Por eso, la acusación que hacen algunos foralistas modernos a Felipe V de utilizar en los Estados de la Corona de Aragón una técnica legislativa inadecuada, al inclinarse por el decisionismo castellano en la manera de crear las normas jurídicas, con olvido del pactismo que inspira la estructura de aquellos Reinos (51), constituye un anacronismo que carece, además, de todo fundamento, revelador del síndrome del Franco-Condado (52). Efectivamente, el decisionismo no es propio de la tradición jurídica castellana, donde los cuerpos jurídicos más significativos, como el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) y las *Leyes de Toro* (1505), son en buena medida confirmatorios de usos y costumbres, e interpretativos de los mismos. Lo que puede aplicarse, también, a toda *recopilación* que tiene una preocupación de fijación del Derecho, sea o no castellana, prueba de ello que las recopilaciones se llevan a cabo igualmente en otras tradiciones jurídicas españolas, como es evidente (53). Mientras que, el supuesto pactismo, en

mente emparentados con las Costumbres de Tortosa y con *Lo Codi*, constituyen una de las fuentes de la recepción en la Península.

(50) Vid. DE LOS MOZOS, I. M.: *Op. cit.*, caps. III-II.

(51) LALINDE, J.: «Los fueros de Aragón», Zaragoza, 1975, p. 130.

(52) El entusiasmo de los foralistas en el presente siglo, especialmente durante el régimen anterior, ha llegado a extremos inusitados, sólo comparables a la consideración de que sus propios países (o reinos) se hallan unidos al resto de la nación por un vínculo personal, semejante al que podía tener Flandes o el Franco-Condado en la época de los Austrias.

(53) En Cataluña, la última compilación general, anterior a 1960, es de 1702, «*Constitucions y altres drets de Catalunya*», ed. Barcelona, 1704. En Mallorca es de 1663, «*Ordinacions y Sumari dels Privilegis y bons usos de regne de Mallorca*». En Aragón, las Cortes de Monzón de 1547, mandan se forme una nueva compilación de Fueros, llamada «*Colección sistemática*», que se publica conjuntamente con las «*Observancias*» (1552), y a las que se añaden los «*Actos de Corte*», mandados publicar por las Cortes de Monzón de 1554. En Navarra, la última recopilación se publica en 1735, «*Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra*». En Vizcaya, el «*Fuero de Vizcaya*», se redacta en 1452, y se reforma en 1526. La «*Recopilación de Fueros de Guipúzcoa*» es de 1696. Por lo que a la tierra de Ayala se refiere, finalmente, renunció a su propio Fuero en 1487, adoptando el Derecho de Castilla, conservando los ayaleños, por excepción, la facultad de disponer de todos los bienes por testamento o donación.

la medida en que pueda admitirse, precisamente por lo dicho, es común a toda la tradición jurídica española (54).

Volviendo a los citados autos, éstos nos recuerdan de alguna manera el Edicto de Luis XIV, de 1679, sólo que allí parece que se cumplen y, además, inmediatamente se forma una doctrina importante del Derecho consuetudinario francés (55), lo que no sucede entre nosotros, donde todo queda en buenas intenciones. El Auto Acordado del Consejo de Castilla de 27 de noviembre de 1713, propuesto por el Fiscal General, Macanaz, trata de reforzar las reformas legislativas mediante la obligatoriedad de la enseñanza del Derecho Real en las Universidades (56), donde se le presta muy poca atención (57), instando un informe sobre el estado de la cuestión en las principales (58). Pocos días después, en 4 de diciembre de 1713, tiene lugar otro Auto Acordado que es como una continuación del anterior y donde se recuerda a los Tribunales la obligación que tienen de fallar los pleitos por las leyes patrias, y no por doctrinas de libros y autores extranjeros, diciendo que las romanas, «no son ni deben llamarse leyes de España, sino sentencias de los sabios, que sólo pueden seguirse

(54) Proviene por igual de la Edad Media y juega de manera distinta, como es natural, en Castilla como cabeza de la monarquía que en los antiguos Estados de la Corona de Aragón. Pero tampoco hay que olvidar que el carácter «pactista» se pierde por haber tomado parte los dichos Reinos, en la Guerra de Sucesión, por el archiduque austriaco, faltando enteramente al juramento de fidelidad, mientras que Felipe V, como dice DOMÍNGEZ ORTIZ, A.: «Sociedad y Estado», *cit.*, p. 38, había jurado respetar los fueros al advenimiento al trono y si respetó los de Navarra y las Provincias Vascongadas no hay motivo para creer que no hubiera hecho lo mismo con los de los reinos aragoneses.

(55) Aparte de Loysel, Bourdot de Richebourg, Bourjon, De Ferrière y tantos otros ya a principios del siglo XVIII.

(56) Decía literalmente: «Propone el Fiscal General en nombre de S. M. que se vote en el Consejo que las Cátedras establecidas en las Universidades... se asignen principalmente de aquí en adelante para leer en ellas aquellas leyes por las cuales se deben determinar los pleitos en estos Reinos, a fin de que la juventud se instruya en ellas y desde el principio les cobre amor y cariño a fin también de que S. M. salga del escrúpulo grave en que está de que los catedráticos y profesores que pasan la flor de su vida en el estudio del Derecho civil de los romanos y que miran nuestras leyes patrias con desprecio, no pueden estar capaces para salir desde las Universidades y Colegios a regentar los empleos de jueces en las Cancillerías, Audiencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar según las leyes del Reino y con noticia cierta de ella, y no en manera alguna por el Derecho civil...» (AGUILAR PIÑAL, F.: «Los comienzos de la crisis universitaria en España» [Antología de textos], Madrid, 1967, pp. 167-168).

(57) RIAZA, R.: *El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, en «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», 46, 1929, pp. 3 y ss.; PESET REIG, M.: *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 62, 1971, pp. 605 y ss.; *Derecho romano y Derecho Real en las Universidades del siglo XVIII*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 45, 1975, pp. 273 y ss.; PESET, M. y J. L.: «La Universidad española (siglos XVIII-XIX)», Madrid, 1974; ALVAREZ DE MORALES, A.: «La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII», 2.ª ed., Madrid, 1979.

(58) RIAZA R.: *Op. y loc. cit.*, pp. 5-6; PESET REIG, M.: *Op. cit.*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 45, 1975, p. 304.

en defecto de la ley en cuanto se ayudan por el Derecho natural y confirman el Real, que propiamente es el Derecho común y no el de los romanos, cuyas leyes y las demás extrañas no deben ser usadas y guardadas» (59). Disposición que, por lo demás, tiene sus antecedentes en otros textos más remotos y a los que anteriormente hemos aludido, sean o no tan expresivos. Con lo que, con la alusión al mismo cerramos esta sucinta referencia a las reformas de Felipe V, encaminadas a lograr la unificación del Derecho.

3. NUEVOS OBJETIVOS Y PROPOSITOS. BALANCE DE LAS REFORMAS

No se agotan con lo expuesto, naturalmente, las diversas reformas que emprendió Felipe de Anjou, primer rey de la Casa de Borbón, sobre todo durante los primeros años de su largo reinado. Pero sí es cierto que, a partir de su matrimonio con Isabel de Farnesio, la preocupación por las cosas de Italia y el rápido restablecimiento de la influencia española en aquellos territorios, así como otros cuidados, iban a tenerle un tanto apartado de las que son aquí objeto de nuestra atención. Sin embargo, por lo que se refiere a la unificación jurídica, las bases para hacerla efectiva se puede decir que se habían echado definitivamente.

No hay más que dejar operar al tiempo, se había conseguido lo que podía conseguirse, lo que un rey absoluto estaba en condiciones de alcanzar. Por eso, antes, cuando hemos hablado de los intentos por imponer la autoridad del Derecho Real en la enseñanza de las Universidades, a propósito del Auto Acordado del Consejo de Castilla de 27 de noviembre de 1713, hemos hablado de obligatoriedad como un designio de intenciones, no porque se pudiera imponer tal obligatoriedad, habida cuenta la verdadera autonomía de que, todavía entonces, gozaban las Universidades. Prueba de ello, que andando el tiempo en los últimos años del propio reinado de Felipe V, otro nuevo Auto Acordado del Consejo de Castilla de 29 de mayo de 1741, ordena la enseñanza del Derecho Real en todas las Universidades del Reino (60), no sólo a las Universidades Mayores de Castilla (Salamanca, Valladolid y Alcalá), a la vez que se reitera el envío de un informe como el solicitado en 1713. Informe que vuelve a pedirse al cabo de los años, en 1770 (61), sin olvidar que los objetivos y propósitos de esta cuestión de la enseñanza del Derecho Real va en-

(59) N. 3, 2, 11, nota 2.

(60) N. 3, 2, 11, nota 3.

(61) Coinciendo esto último con la iniciación de las reformas en las Universidades, vid. por todos, ALVAREZ DE MORALES, A.: «La Ilustración y la reforma de la Universidad», *cit.*, pp. 138 y ss.

vuelta con las marchas y contramarchas de la reforma de toda la Universidad en su conjunto (62), problema que ocupa el último tercio del siglo XVIII y que rebasa sus propios límites, pues todavía una Real Orden de Carlos IV, de 26 de noviembre de 1802, habla de imposición de Cátedras de Derecho Real (63).

Pero antes de seguir adelante, es interesante que nos paremos un momento en la consideración de las medidas adoptadas por Macanaz en relación con este tema, y para dejar constancia de la reacción de las Universidades Mayores de Castilla, donde no hay cuestión de conservación de Derechos forales, tema que tiene muy poco que ver, a diferencia de lo que entendió el romanticismo del siglo XIX y el tradicionalismo del XX, con las polémicas centrales de aquel tiempo. Por otra parte, como se ha observado certeramente, «aquel ataque frontal contra el Derecho romano y, en menor escala contra el canónico, está inspirado en un deseo de controlar las Universidades por el poder real». Macanaz es el hombre que inicia esa lucha, dirigida contra los Colegios Mayores —al parecer, él había sido «manteista»—, que lo controlan todo, pues «por aquel entonces poseían las Cátedras, las Universidades, los Consejos, las Chancillerías... La reforma del Consejo —se refiere al de Castilla, en cuya reforma influye— tuvo, sin duda, la finalidad de controlarlo mejor», además, «las órdenes a las Universidades rompen su aislamiento en manos de los Colegios Mayores, incluso Macanaz intentó algunas medidas directas contra ello» (64). Sea como fuere, el caso es que, en Salamanca, a pesar de que se considera la cuestión, la medida tuvo escasa repercusión.

Más notable fue la reacción de la Universidad de Valladolid, la «gran Universidad de las leyes» (65), cuyo Claustro, contesta de forma desabrida al Consejo de Castilla, valorando positivamente los conocimiento de sus docentes y la enseñanza que se imparte en sus aulas (66). Sin embargo, en 1741, la Universidad se muestra más con-

(62) A la que más adelante volveremos a aludir, vid. ahora ALVAREZ DE MORALES, A.: *Op. cit.*, pp. 138 y ss., y que se cifra tanto en la supresión del Derecho romano como en la implantación del Derecho natural y, por supuesto, del Derecho Real.

(63) N. 8, 4, 7.

(64) PESET REIG, M.: *Op. cit.*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 45, 1975, p. 307 (siguiendo a V. de la Fuente).

(65) La Universidad debía de ser importante para la época, según el testimonio del viajero inglés J. Townsend, que pasó por Valladolid en 1786 y 1787, contando con más de dos mil estudiantes, cuarenta y dos profesores y cincuenta doctores, distribuidos en siete colegios, según refiere el propio Peset, *Ibid.*

(66) Así, la Facultad de Leyes valoraba de manera muy positiva los conocimientos de sus profesores, diciendo que son «en los Tribunales prácticos experimentados para defender causas; doctores en las escuelas para disputar cuestiones que habilitan los ingenios de sus discípulos con que se cultivan gloriosos, y maestros para enseñar reglas y principios prácticos con que sin vacilar los discursos se solidan firmes los entendimientos en lo cierto...». Mientras que la Facultad de Cánones, alegaba que: «Este instituto de las Cátedras canónicas practicado puntualmente por sus maestros, ha producido en todos los siglos varones insignes de que fácilmente podríamos hacer copioso

ciliadora, aunque no parece que fueran tan radicales las pretensiones del Consejo de Castilla como en tiempo de Macanaz. El caso es que la propia Universidad propone erigir cátedras de Derecho Real, pero haciéndolo en términos tan transaccionales «*pro domo sua*» que todo quedaba como estaba, tal y como se deduce de la relación siguiente: «Parecía a la Universidad se cumpliría perfectamente este ánimo del Consejo, si la institución de estas Cátedras fuera de Jurisprudencia como las Leyes de la Partida, la Nueva Recopilación, etc. Y si en esto se hallare algún reparo justo, dos Cátedras de Instituta Civil tiene la Universidad, se podrían fundar otras dos, para que en cada año se expliquen los cuatro libros de la Instituta, y la tercera podrá ser de Instituta canónica...» (67). Con ello, el Derecho romano quedaba afirmado, aunque las citadas Cátedras nunca llegaron a dotarse. Pero esto no depende sólo de la afirmación de las tradiciones colegiales, lo que no supone otra cosa que la consolidación de la ley de la inercia, a falta de un verdadero revulsivo, como hubo en otras partes. Este no fue otro que el Derecho natural, en cuanto continuador y superador del Humanismo. Sólo la presencia del Derecho nacional hizo posible, en toda Europa, la continuidad del «*usus modernus Pandectarum*», es decir, la utilización razonable del Derecho romano y, a la larga, de este connubio surgió la formación, especulativa y práctica, conforme a los presupuestos del Derecho común que nunca descuidó las tradiciones de los Derechos particulares, de los diferentes Derechos nacionales.

Las otras reformas en relación con la unificación del Derecho quedarán consolidadas únicamente con la promulgación, verdaderamente tardía, de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805), cuando consta que los primeros intentos se remontan, nada menos, que a 1725 (68).

¿Qué había pasado? La contestación no es sencilla, naturalmente. Sin embargo, lo que puede tomarse como un retraso no lo es tanto, si atendemos a las circunstancias anteriormente señaladas y es que las reformas del «*ancien régime*» requieren un «*tempo lento*» que se compagina, en sede técnica, en muchos aspectos, con la subsisten-

catálogo, trasladando las memorias que sirven de precioso esmalte a estas antiquísimas paredes, los cuales en las dignidades eclesiásticas y seculares a que por sus sobresalientes méritos fueron promovidos, practicaron con admiración no sólo en estos Reinos, sino es aún de los más remotos, lo que aprendieron y dictaron en nuestra academia.» Para terminar: «Este Señor, es el fin de los textos y materiales asignadas a estas Cátedras; esta es su práctica y este el fruto que se ha experimentado. Y siendo todo tan conforme al piadoso deseo católico celo de V. A., quedamos con la gloria de haber anticipado nuestra obediencia al real precepto.» (SEMPERE GUARINOS, J.: «Historia del Derecho español», 3.^a ed., Madrid, 1846, p. 492). Según PESET REIG, M.: *Op. cit.*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 45, 1975, p. 308, nota 59, la contestación de Alcalá es muy semejante.

(67) SEMPERE Y GUARINOS, J.: «Historia del Derecho», *cit.*, pp. 498 y ss.

(68) Vid. CERDÁ, J.: *Advertencias para la formación de la Novísima Recopilación*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 23, 1953, pp. 643 y ss.

cia de un *sistema jurídico* de «Derecho jurisprudencial», aunque esta terminología no sea muy correcta, sobre todo por ciertas conexiones que suscita la comparación jurídica moderna y, en otros muchos, porque va en contra de una idea equivocada de lo que podía hacer un rey absoluto para cambiar el Derecho y, a pesar de que la línea trazada por Felipe V es fielmente seguida por sus sucesores, hasta Carlos IV y hasta las Cortes de Cádiz. Este punto de vista, en sede técnica, nos permite interpretar, de una manera rigurosa, lo que, sin duda, tiene lugar en sede histórica y aquí entra en juego algo que no puede olvidarse, la realidad de la decadencia española, iniciada a mediados del siglo XVII y no remontada, en general, a pesar de los esfuerzos de los gobiernos, hasta el último tercio del siglo XVIII. Efectivamente, los reyes en el antiguo régimen, como encarnación del poder político, no pueden reformar el Derecho nada más que cuando confirman usos y costumbres. Necesitan, por tanto, un apoyo de la sociedad. Por eso, en otras partes, las reformas no se hallan condenadas al fracaso: no falta el eco social que se halla ausente, en este tiempo, entre nosotros.

Por lo demás, sólo se había conseguido a medias la unificación del Derecho, o si se prefiere, la unificación alcanzada que, en sus propósitos responde a los ideales del «despotismo ilustrado», a pesar de que la Ilustración no penetra en España hasta el reinado de Carlos III (69), se queda en un estadio anterior al que hubiera podido alcanzar, de ser otras las circunstancias, a diferencia de lo que sucedió en Prusia, por ejemplo. Efectivamente, mientras en Prusia, después de otros intentos unificadores que se remontan a principios de siglo, se llega a formular un verdadero código, el *Allgemeines Landrecht* (1794), en España, a pesar de la continuidad en la política de los reyes, la Novísima no pasa de ser una recopilación, sin adquirir categoría y rango de código.

Pero esto forma parte de las vicisitudes de la Ilustración en España. No porque en España no hubiera un grupo muy activo de «ilustrados» en el Gobierno y fuera de él, sino probablemente porque Prusia, y toda Alemania, era un pueblo en creciente auge, mientras que España, a pesar del buen gobierno de los tres primeros reyes de la Casa de Borbón, era un pueblo que continuaba sumiéndose en la decadencia. Es más, como se ha observado, aunque la conciencia de la crisis española es más antigua, es precisamente en el siglo XVIII cuando, por primera vez, se enfrentan los españoles entre sí, al analizar sus causas y remedios (70).

(69) PALACIO ATARD, V.: «Los españoles de la Ilustración», Madrid, 1964; DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: «Sociedad y Estado en el siglo XVIII español», cit., pp. 84 y ss; 279 y ss.; HERR, R.: «España y la revolución del siglo XVIII», trad. esp., Madrid, 1971, pp. 31 y ss.

(70) SAINZ RODRÍGUEZ P.: «Visión de España» (Selección de trabajos), Madrid, 1986, pp. 199 y ss.

4. VICISITUDES DE LA ILUSTRACION EN ESPAÑA Y SU REFLEJO EN EL MUNDO DEL DERECHO

La Ilustración, como es sabido, se halla en el fundamento de la sociedad moderna, partiendo de un entusiasmo por la verdad que había puesto sobre la mesa el racionalismo que, por otra parte, ahonda sus raíces en la tradición cultural europea. Pero esto no va a evitar una confrontación entre tradicionalismo y progresismo, cuyo debate todavía se halla presente en nuestros días. Por otra parte, como la Ilustración aparece con ocasión de la crisis de la cultura del Barroco, se presenta, en muchos aspectos, abriendo un proceso al cristianismo (71); por eso, en la España, católica y tradicional, de comienzos del siglo XVIII, va a encontrar una fuerte resistencia. Sin embargo, la Ilustración implica la posibilidad de una humanización, más profunda, de la vida social. Este es su atractivo y esta su fuerza. Apareciendo en este sentido como una maduración de otros intentos anteriores y, por ello, como una continuidad de aquellos buenos propósitos. Efectivamente, su primer paso fue el «*sapere aude*» («usa tu razón»), aconsejando a quien quiera prestar oídos que no tiene por qué aceptar lo que viene dado por la autoridad y la tradición. Presentándose, de tal modo, como algo que ha formado siempre parte del europeo espíritu de libertad. Pero racionalidad, como se ha escrito recientemente (72), es, a un tiempo, autodecisión que se ordena a disolver la heterodecisión que proviene de la autoridad. Con ello no se pretendía deshacer todo vínculo, sino suprimir únicamente el vínculo exterior, el que otro impone, y sustituirlo por lo racional, es decir, por el que procede de la inteligencia (73).

Hasta aquí el argumento es perfecto, se mantiene la idea de la continuidad. Pero la Ilustración deriva por dos caminos equivocados. En cuanto al saber al reducir la racionalidad únicamente a aquello que puede demostrarse, primero «*more geométrico*», lo que tempranamente denuncia un Giambatista Vico (74), después, de forma experimental. En cuanto a la libertad, no cae en la cuenta que mientras la racionalidad vincula, el voto de la mayoría no puede vincular, por irracional, en las cosas fundamentales, únicamente vincula en las de-

(71) Para esto, insuperablemente, HAZARD, P.: «El pensamiento europeo en el siglo XVIII», *cit.*, pp. 49 y ss.

(72) RATZINGER, J.: «Iglesia, ecumenismo y política (Nuevos ensayos de eclesiología)», trad. esp., Madrid, 1987, p. 201. El autor, como se ve en el texto, parte de la contestación kantiana a la pregunta: *Was ist Aufklärung?*, como término de referencia incuestionable.

(73) Añadiendo: «Parecía evidente que la racionalidad liga y que la irracionalidad no representa alternativa alguna de la racionalidad. En este sentido se puede decir, sin más, en conformidad con la Ilustración, que la libertad es vínculo, es decir, es el vínculo de la verdad conocida. No tiene nada que ver con el arbitrio de quien quiera que sea» (*Ibid.*, pp. 201-202).

(74) *De nostri temporis studiorum ratione*, en «Opere» (ed. Nicolini), I, Bari, 1917.

cisiones circunstanciales o secundarias. Por otra parte, al organizar el Estado de una manera abstracta, ha dejado de lado las antiguas libertades de los pueblos, y en la práctica estas antiguas libertades que habían llegado, en muchos casos, a alcanzar una plena madurez, al desaparecer han contribuido a reducir la libertad de la sociedad y a incrementar el poder del Estado que, como todo poder, tiende a hacerse absoluto (75).

Pero por lo que toca a España, sin exagerar las cosas, debió de estar muy extendida la pobreza intelectual a principios del siglo XVIII (76), a pesar de que la obra de gobierno, ya desde los primeros años de Felipe V, fue muy notable en el fomento de las artes y de las letras, acompañada de la Fundación de *Academias* y de bibliotecas. Por otra parte, gracias a la política italiana del propio Felipe V, se abre una vía de comunicación entre ambos países y España se llena de italianos, con lo que se abre un nuevo cauce a la Ilustración (77). Esta labor, lo mismo que en otros campos, será continuada e incrementada por sus sucesores, dando lugar a un brillante renacimiento de las artes y de las letras en tiempos de Carlos III (78). De ello, por razones que derivan de la autonomía universitaria y por otras causas, de sobra conocidas, no se beneficia la Universidad, que arrastra una de las crisis más profundas de su historia, desde los últimos decenios del siglo anterior.

Por ello, los intentos de reforma no encuentran el eco necesario: una muestra de ello lo encontramos en las dificultades que padeció la introducción de la disciplina de «Derecho natural», en las Facultades de Derecho, en tiempos ya de Carlos III, y su supresión poco tiempo después (79). Pero como reconoce Melchor Gaspar de Jovella-

(75) Pero esto supone adelantar acontecimientos, ya que la ilusión de la libertad está atenta únicamente a soltar las viejas ligaduras y ha puesto, sobre todo, su objetivo en la instauración del Estado liberal, vid. HAZARD, P.: *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, cit., pp. 156 y ss.

(76) Vid. KAMEN, H.: *La guerra de sucesión en España (1700-1715)*, trad. esp., Barcelona, 1974.

(77) PÉREZ VILLANUEVA, J.: *El italiano Felice Gazzola en la Ilustración española*, (discurso de ingreso en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando), Madrid, 1987.

(78) En este segundo orden, destacan la *España sagrada* (51 vols.) del agustino FLOREZ, E., que publicó, desde 1747, 29 tomos, siendo continuada después por otros autores. La *Historia crítica de España y de la cultura española*, del jesuita MASDÉU, J. F., de plan tan extenso que el tomo XX, no pasa del siglo XI (publicados entre 1784 y 1805). La *Crónica general de España* de FLORIÁN DE OCAMPO, comenzada en el siglo XVI, es continuada por DE MORALES, A., y, apareció de nuevo en quince tomos, entre 1791 y 1792. Apareciendo también trabajos notables sobre historia económica, así el *Apéndice* en cuatro tomos que CAMPOMANES, añadió a su *Discurso sobre el fomento de la educación popular*, colección de decretos y escritos que ilustraban la historia de la industria en España. Sin olvidar la contribución de DE CAPMANY, A.: *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes, de la antigua ciudad de Barcelona* (1779-1792), por no citar más que a los más representativos, teniendo en cuenta, por otra parte, que se lleva a cabo la publicación o reimpresión de numerosas obras antiguas.

(79) ALVAREZ DE MORALES, A.: Op. cit., pp. 138 y ss., 231 y ss. HERR, R.: *Op. cit.*, pp. 144 y ss. El tema salta elocuentemente al plano legislativo (N. 8, 4, 5 y 6).

nos, otra cosa hubiera sido si tales estudios hubieran tenido, entre nosotros, un introductor como Jean Domat en Francia (80). Observación que probablemente pone el dedo en la llaga.

Efectivamente, la Universidad estaría en decadencia, nadie lo discute y, además, por su estructura estamental y por la degeneración de los Colegios Mayores (81) que fomentaba, por añadiduría, los constantes enfrentamientos entre los estudiantes (colegiales y manteístas), eran muy difíciles las medidas de gobierno, tomadas por el Consejo de Castilla, que había asumido su dirección y control, sin mayores medios económicos y dando lugar, por unos u otros motivos, a constantes problemas que aquí no son del caso. Pero, por otra parte, la «*scienza nuova*», se hallaba en manos de arbitristas, de eruditos locales, cuando no de panfletarios, con lo que, puede decirse, que apenas existía. Por eso no llegó a formarse, en un primer momento, una verdadera ciencia y una verdadera cultura, como sucedió en otras partes, de espaldas a la Universidad, y cuando llegó a formarse ya era demasiado tarde: recién llegado al trono Carlos IV, cuando empezaron a venir las noticias de la Revolución, su Primer Secretario, el Conde de Floridablanca, que también lo había sido con su predecesor, Carlos III, y que pertenecía a una pléyade de hombres de gobierno ilustrados (Campomanes, Aranda, Olavide, etc.), mantenido en el puesto, deliberadamente por el monarca, como aprobación de su política y como garantía de su continuidad, inicia por plausibles razones de Estado, un cambio radical que lleva prácticamente al cierre de las fronteras y a la persecución de las ideas revolucionarias (82). Con ello, el programa de la Ilustración, en España, había quedado prácticamente interrumpido (1788-1792) y aunque luego resurgió con el breve gobierno de Aranda y de Godoy (1792-1798), en su primera época, ya no era lo mismo.

Por lo demás, las ideas de la Ilustración, como ya hemos dicho, habían dado lugar a numerosos enfrentamientos entre españoles y, en buena parte, constituyan la comidilla de un naciente periodismo que se muestra muy pujante durante todo el siglo. Pero un acontecimiento editorial va a unirles, más o menos ocasionalmente. Me refiero a la *Encyclopédie méthodique*, de Ch. Panckoucke, que teniendo

(80) Lo que no pasa de ser una intuición o un buen deseo, cuando dice —en carta dirigida al Dr. Prado, profesor de la Universidad de Oviedo— «¿Sabe Vd. lo que yo quisiera para nuestras Universidades?, una obra como la de Domat, titulada: *Leyes civiles en su orden natural*. Sería fácil traducirla del francés, y no difícil acotar el pie en lugar de las ordenanzas de Francia, las leyes concordantes del Derecho de Castilla. Las concordancias de Jiménez, las mismas instituciones de Asso y Manuel, y sobre todo, un cuidadoso estudio de las Leyes de Partida y Recopilación, hecho a la vista y a la par de esta obra, podrían facilitar la empresa. ¿Por qué no se unirán tres o cuatro jurisconsultos jóvenes para hacer este servicio a la nación» (*Obras*, I, ed. Madrid, 1845, pp. 494-495).

(81) Por todos, vid. ALVAREZ DE MORALES, A.: *Op. cit.*, pp. 25 y ss.

(82) Lo describe con toda vivacidad HERR, R.: *Op. cit.*, pp. 197 y ss.

en cuenta el éxito de Diderot, se empezó a publicar en París hacia 1780 y que traducida se introdujo en España, con autorización real, apareciendo el primer volumen en 1783, dedicado a la geografía y en el que aparecía un artículo sobre España, escrito por N. Masson de Morvilliers. El autor seguía la interpretación de Montesquieu en la famosa *L'esprit des lois*, y de Voltaire en *L'essai sur les moeurs*, según la cual España representaba y encarnaba todo aquello que los *philosophes* combatían extendiéndose en una serie de consideraciones fanáticas y pueriles, para terminar preguntándose: ¿Qué es lo que se debe a España? ¿Qué ha hecho por Europa en los dos últimos siglos, en los últimos cuatro o diez? La reacción no tardó, naturalmente, en hacerse esperar, pues fueron muchas las contestaciones que se escribieron, dentro y fuera de España (83), destacando especialmente la de uno de los hombres más eminentes del siglo, Juan Pablo Forner (84).

Sin embargo, y con todo, de este período arranca el origen del pensamiento liberal español (85), destacando la figura señera de G. M. de Jovellanos, que se ocupó también del tema objeto de nuestra atención. Recomendando el estudio de la historia para la formación de los juristas (86), considerando que el estudio del Derecho romano es totalmente inútil y las más de las veces dañoso (87), sobre todo hablando de la «Constitución española», cuyas raíces se encuentran en nuestra tradición y en nuestra historia (88), con lo que quería aludir, sin duda, tanto a los fundamentos del Derecho Real como a las libertades civiles y políticas que representan las antiguas Cortes y la independencia del poder judicial, siendo curioso que, en tal sentido, destaque la importancia del *Fuero Viejo* de Castilla (89).

Por eso, a pesar del fracaso o interrupción de la Ilustración, y a pesar de las polémicas que suscitaba, en muchos aspectos, mediado el siglo y sobre todo en el último tercio del mismo, se puede decir que había penetrado lo suficiente para modernizar el país, aunque

(83) Aparte de la contestación de CAVANILLES DE, A. J., español residente en París, llama la atención la del abate piamontés DENINA C., que en la sesión de 26 de enero de 1789, de la Academia de Berlín, leyó un brillante discurso, contestando a la «pregunta» de la *Enciclopedia*, destacando por su conocimiento de la cultura española a la que defiende denodadamente. Sobre el particular, por todos, SAINZ RODRÍGUEZ, J.: *Op. cit.*, pp. 203-204. También HERR, R.: *Op. cit.*, pp. 182 y ss.

(84) *Oración apologetica por la España y su mérito literario*, Madrid, 1786.

(85) Vid., por todos, DOMÍNGUEZ ORTIZ: *Sociedad y Estado*, *cit.*, pp. 476 y ss.

(86) *Carta sobre el método de estudiar el Derecho* (dirigida al Dr. Prado), en «Obras», *cit.*, I, pp. 492 y ss.

(87) *Carta sobre el origen y autoridad legal de nuestros Códigos* (dirigida al Dr. San Miguel, profesor de la Universidad de Oviedo), en «Obras», *cit.*, I, pp. 469 y ss., y especialmente p. 484.

(88) *Discurso sobre la necesidad del estudio de nuestras antigüedades* (de recepción en la Real Academia de la Historia), en «Obras», *cit.*, pp. 477 y ss.

(89) Lo que es una forma de evocar un sistema jurídico que recuerda al inglés y sabido es que, durante el siglo XVIII, se pensaba en la superioridad de la «Constitución inglesa».

no sirvió del todo para regenerarle, como hubieran deseado los políticos ilustrados y los arbitristas de todo género. Por otra parte, la llegada de la Revolución sirvió para medir las dimensiones de algunas de las ideas ilustradas y de sus consecuencias; y el enfrentamiento bélico, inmediatamente posterior, con la República Francesa, para nacionalizar ideas y sentimientos, por lo que la obra de unificación y de nacionalización del Derecho, no había sido en balde (90).

5. EXPRESION DE ESTOS CAMBIOS EN LA DOCTRINA JURIDICA DE LA EPOCA

Paralelamente, otro tanto había sucedido en la doctrina jurídica española, por aquellos años que, aunque modesta, si se la compara con la de otras épocas, no deja de tener importancia, sobre todo porque presta su apoyo entusiasta a la idea de la unificación y de la nacionalización del Derecho. Vamos aquí, ahora, a dar una referencia de las aportaciones más significativas.

En la tradicional disputa entre Derecho romano y Derecho Real, uno de los primeros en manifestarse en contra de los hábitos de las Universidades que, según dice, no han sabido adaptarse a tiempo y se mantienen de espaldas a la realidad, será J. Finestres, profesor de la Universidad de Cervera, que tuvo durante su tiempo un gran esplendor, decayendo después hasta su desaparición (91). Más expresivo será, en tal sentido, otra de las grandes figuras del siglo, Gregorio Mayans y Siscar, que fue rector de la Universidad de Valencia (92), en su prólogo a la *Instituta*, de Berní, al propugnar que el respeto y la consideración que se guarda en el estudio del Derecho a las fuentes romanas, ha de trasladarse al Derecho Real, añadiendo que «los cuatro libros del *Fuero Real* son como los elementos, y las *Siete Partidas*, unas Pandectas del Derecho español» (93).

Antes de seguir adelante, sin embargo, hay que reiterar que en las Universidades, y muy especialmente en las Universidades Mayores (Salamanca, Valladolid y Alcalá), que eran un poco el modelo de las demás, la base del estudio del Derecho seguía estando en el Derecho romano, siguiendo el método de las *Instituta*. Por ello, la del

(90) En la guerra con la República francesa (1793-1795), ocupados por los ejércitos revolucionarios los valles de la Cerdanya, se crearon Comités de Salud Pública para volver a los catalanes contra España, pero la reacción —lo mismo que a lo largo de las campañas de Napoleón— fue totalmente contraria, sin duda alguna por el recuerdo de la pérdida del Rosellón, cuando las revueltas de 1640.

(91) Vid. DE CASTRO, F.: «Derecho civil de España», cit., I, p. 187, nota 4.

(92) *Idea de un Diccionario Universal ejecutado en la Jurisprudencia española*, Valencia, 1768.

(93) *Instituta civil y real de España en donde con la mayor brevedad se explican los párrafos de Justiniano y en seguida los casos prácticos según las leyes reales de España*, Valencia, 1745.

holandés Arnold Vinnio todavía gozaba de predicamento, con las adaptaciones propias que, ciertamente, empezaron a generalizarse para insertar las concordancias de Derecho Real (94). La citada obra se hallaba muy extendida, compartiendo bien pronto su hegemonía, con las *Recitaciones* y las *Instituciones*, no sólo de Derecho romano, sino también de Derecho natural, de Juan Gottlieb Heinecio. Autor que es uno de los más significativos e influyentes de la época (1681-1741), expresión de la continuidad del Humanismo y que, fundamentalmente, en sus *Elementa iuris naturae et gentium* (95), como se ha dicho autorizadamente, «sellará la unión del Derecho natural y de la Jurisprudencia (romanista). Pues la Jurisprudencia sería vana si no estuviese animada del espíritu de ese Derecho; en el fondo, ¿es otra cosa la Jurisprudencia que el Derecho natural aplicado a los hechos humanos?» (96). Teniendo en cuenta que las obras de ambos autores, traducidas y anotadas, se siguen reeditando en España, y en América, hasta el último tercio del siglo XIX. En el caso español hasta las vísperas de la promulgación del Código civil en 1889.

Esta es una de las razones por las que, como he dicho en otro lugar, la tradición jurídica española se mantiene fiel, hasta el Código, al *usus modernus Pandectarum*» (97). Esto quiere decir que, en el siglo XVIII, no tiene lugar en la ciencia jurídica española una adaptación propia, como la que había llevado a cabo un Jean Domat, en Francia, en el siglo anterior (98), al estilo del racionalismo, aunque allí iba a verse contrarrestada por la obra de un «pandectista» de la talla de un Jean Pothier (99). Pero lo cierto es que, con adaptaciones propias o no al nuevo estilo mental, en todas partes, por el momento, sucede algo parecido y es que estamos todavía en tiempos del «Derecho común», por lo que, el ideal de la Ilustración no se cumple, en ningún sentido, más que a medias, ya que los Códigos *Iusnaturalistas* (de Prusia, Francia y Austria), con los que el español guarda un estrecho parentesco, no tienen tras de sí la formación de un verdadero *systema iuris* que les sirviera de soporte. Por eso, Federico Carlos von Savigny se opone a la codificación en Alemania, por la necesi-

(94) La fama de Vinnio era debida a que en su *Instituta* relacionaba los textos de las *Instituciones* de Justiniano con los pasajes del *Digesto* y, unos y otros, entre sí, con bastantes referencias del Derecho holandés y en esta dirección destacó Berni, también lo intentó, aunque con menor acierto, SALA, J., en su «Vinnius castigatus atque usum Tironum hispanorum accommodatus», Valencia, 1779-1780.

(95) Halle, 1737.

(96) HAZARD, P.: «El pensamiento europeo en el siglo XVIII», *cit.*, p. 133; también WESENBERG-WESENER: «Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte», *cit.*, p. 117; COING, H.: «Europäisches privatrecht», *cit.*, I, pp. 71-72.

(97) DE LOS MOZOS, J. L.: «Derecho civil», *cit.*, I-1, pp. 81 y ss. Para la definición del periodo, vid. por todos, WIEACKER, F.: «Privatrechtsgeschichte», *cit.*, páginas 204 y ss.

(98) «Les lois civiles dans leur ordre naturel», 4 tomos, París, 1689-1697.

(99) Vid. el sugestivo artículo de GROSSI, P.: *Un paradiso per Pothier*, en «Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno», 14, 1985, pp. 401 y ss.

dad de profundizar todavía en la recepción. *Sistema*, cuya elaboración se inicia por la tardía ilustración alemana, especialmente en las Escuelas de Halle y de Göttingen, que cambió de rumbo con la Escuela histórica y que toma una nueva y definitiva orientación con la moderna ciencia de Pandectas (100).

Volviendo a nuestro tema, lo que sí se encuentra en la doctrina de la época son numerosas obras de Derecho romano con adaptaciones y concordancias al Derecho Real, lo que corresponde, como ya hemos visto, a una práctica que se remonta ya al siglo XVI, pero que ahora se hace más extendida (101). En esta línea, pero dando un paso más adelante, se destaca Juan Berní, cuya *Instituta* antes aludida, está concebida de forma dual, de modo que cada título se divide en dos números: uno «sentido teórico» (Derecho romano) y otro «sentido práctico» (Derecho Real) (102). Sin embargo, esta obra no fue bien acogida en su época, a mi modesto parecer injustamente (103), a pesar de que la orientación por ella trazada va a tener continuadores muy lejanos en el tiempo (104). Más importancia tiene, para el cambio de mentalidad, el que empiecen a divulgarse exposiciones de la Historia del Derecho español (105), en parte a consecuen-

(100) CAPELLINI, P.: *Systema iuris* (núms. 17 y 19 de «Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico»), I, Milano, 1984; II, 1985. No en vano, uno de los fundadores del «sistema», G. F. Puchta, todavía se manifiesta conforme a los ideales pedagógicos de la Ilustración, como sugiere el título de una de sus obras poco conocida: «Encyclopedie als Einleitung zu Institutionem Vorlesungen», Leipzig und Berlin, 1825.

(101) Entre otros, TORRES Y VELASCO, A.: «Institutiones Hispaniae, Practico-Theorico Comentate», Madrid, 1735. Más amplias referencias en DE CASTRO, F.: «Derecho civil de España», cit., pp. 187-188; PESET REIG, M.: *Op. cit.*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 45, 1975, pp. 319 y ss.

(102) Vid. *supra*, nota 93.

(103) Jovellanos, en la carta al Dr. Prado, antes referida («Obras», cit., I, p. 493), califica a Berní de «autor chapucero», acaso con excesiva dureza, como dice DE CASTRO, F.: «Derecho civil de España», cit., I, p. 187, nota 7. Mientras que el propio Jovellanos, líneas más arriba se extiende en la consideración de la importancia que tiene para el estudio del Derecho, el conocimiento de la lengua, de la lógica y de la metafísica, sino también dice: «A este estudio debería suceder el de la geometría, que es la verdadera lógica del hombre...». Añadiendo: «Después de este estudio puede entrar bien el de la física.» Concluyendo: «La física que yo desearía debe ser experimental...», y así otras consideraciones, cuajadas de beatería ilustrada (*Ibid.*, pp. 489-490). En descargo de nuestro autor, hemos de decir que las opiniones de los enciclopedistas y de los ilustrados más famosos sobre el Derecho son tan triviales que no merecen, desde el punto de vista jurídico, ser tomadas en consideración, solamente desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho se podría entrar, con mucha indulgencia, en algún debate sin perder el sentido del humor, vid., p. ej.: en la colección «Antiqua», núm. 38 de ed. Jovene: *Le droit romain et l'Encyclopédie (31 articles)*, a cargo de WOLODKIEWITZ, W.: Napoli, 1986.

(104) SALA J.: «Ilustración del Derecho Real de España», 2 vols., Valencia, 1803, en que por primera vez se invierten los términos de las concordancias de la legislación española respecto de la doctrina romana. Le sigue, fielmente, bien entrado el siglo XIX, DE MORATO, D.: «El Derecho civil español con las correspondencias del romano», etc., 2 vols., Valladolid, 1868.

(105) FERNÁNDEZ PRIETO: «Historia del Derecho Real de España», Madrid, 1788, entre otros, no alcanzando madurez hasta el final del período en la obra de MARTÍNEZ MARINA, F.: que traza la historia liberal-nacional del Derecho en dos grandes

cia del renacimiento de los estudios históricos, en general, a lo que anteriormente hemos aludido, pero también como un medio de anteponer el Derecho Real frente al Derecho romano y de destacar, como diría Jovellanos, el conocimiento de la «constitución española». Poniéndose de moda que el estudio del Derecho nacional vaya precedido de una amplia introducción histórica, modelo que se continúa durante largo tiempo, hasta épocas recientes (106).

Este será, por lo demás, el esquema seguido por Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel, que habiéndose dedicado a publicar juntos ediciones de fuentes antiguas (107), son los primeros en escribir, con separación absoluta del Derecho romano, unas *Instituciones de Derecho civil de Castilla* (1771) y que, por ello, gozaron de gran prestigio y de mucha influencia en la época, imponiéndose como libro de texto en las Universidades de Granada y Murcia, muy pronto, y posteriormente en otras Universidades. Sin embargo, la obra no pasa de ser una exposición bastante elemental (108), aunque bien concebida y, sobre todo, muy bien intencionada (109).

Por lo que se refiere a la relación entre «Derecho común particular» y Derechos forales (aragonés, navarro, catalán y balear), al prohibirse la alegación ante los Tribunales del Derecho romano, el hueco que éste deja, según dice Federico de Castro (110), se sustituye por las *Partidas* y por la *Recopilación*, lo que ya viene contemplado en las reformas de Felipe V. Unicamente en Cataluña, al ordenarse en el *Decreto de Nueva Planta* (1716), la observancia de las «constituciones que antes había en Cataluña», pudo pensarse que todavía quedaba, como supletorio, el Derecho romano y el Derecho canónico, co-

libros: «Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla», Madrid, 1808, y «Teoría de las Cortes», Madrid, 1813. También pertenece a esta misma tendencia, aunque de menor calidad J. Sempere y Guarinos, cuya obra anteriormente citada («Supra», nota 66), constituye el primer intento de una exposición de conjunto de la «Historia del Derecho español» (1.^a ed. 1822-1823).

(106) Es el caso de Gómez de la Serna y Montalbán, Viso, B. Oliver, etc.

(107) Publicaron, entre otras, «El Fueno Viejo de Castilla», Madrid, 1771, y el «Ordenamiento de Leyes...» (de Alcalá), Madrid, 1774. Hay reimp. de las dos obras por ed. Lex Nova, Valladolid, 1983.

(108) *Comp.* 5.^a ed., Madrid, 1792. Jovellanos, en *Carta sobre el método de estudiar el Derecho*, en «Obras», cit., I, p. 493, dice que: «No puede llenar nuestros deseos. Su principal defecto, a lo que yo entiendo, es no estar escritas en método raciocinado, y, por consiguiente, ni establecidos los principios generales del derecho, ni referidas a ellos las leyes como consecuencias suyas...» Es decir, para nuestro patrício ilustrado, falta el «*primum verum*» de donde deducir «*more geometrico*» las reglas jurídicas (!).

(109) «El fin de estas instituciones es presentar las verdades, y principio del Derecho español, ajustado a sus leyes y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar leyes del Derecho romano, probando con sólo la ley nuestra supletoria y aun apoyando aquellas proposiciones, que no expresan nuestras leyes y cuyo conocimiento es necesario, con autoridad de sólo autor Regnícola y clásico» (ed. cit., nota anterior, I, pp. III-IV).

(110) «Derecho civil de España», cit., I, p. 236.

mo se hizo valer andando el tiempo en la época de la codificación. Pero esto chocaba con las prohibiciones antes aludidas; por eso, la doctrina legal de la época se inclinó por considerar que no había otro Derecho común que el Derecho Real castellano. Entendiendo el conocido jurista Mujal que, aquella alusión a las constituciones «procedía conforme al Derecho antiguo», no de acuerdo con el vigente (111) y del mismo parecer será Ramón Lázaro de Dou. Pero teniendo en cuenta este último la necesidad de sustentar en el Derecho romano ciertas disposiciones, acude al subterfugio, de que en estos casos se puede invocar aquél como *costumbre* (112). Argumento que no parece correcto, conforme a la opinión más autorizada (113), pero esto aquí no es del caso (114), ya que únicamente se trata de comprobar al final del período, objeto de nuestra atención, que se había conseguido la unificación jurídica y de lo que, las opiniones referidas, dan testimonio elocuente. Por lo demás, el resto de la doctrina de la época es conforme con la función de Derecho común del Derecho Real (115).

Finalmente, para completar este panorama, hemos de hacer una sucinta referencia a la aparición, en este siglo, como disciplina autónoma del Derecho público. En orden cronológico la primera obra es la muy conocida de Pérez Valiente (1751), todavía vinculada a su concepción tradicional («*iustitia civitatis*»), por lo que mereció las críticas de Jovellanos, a pesar de hallarse muy bien construida (116). Pero tampoco los ilustrados que tenían tanto interés por el tema (117) fueron capaces de hacer cosas mejores. A lo sumo, dentro de la tendencia historicista orientada a encontrar en la propia tradición los fundamentos de la «Constitución española» se realizan algunos esfuerzos.

(111) «Noviter digestae justinianici Institutionum juris et Patrū Catalauniae», Cervera, 1781, pp. 9-10.

(112) «Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado», 9 vols., I, Madrid, 1800, pp. 69 y ss.

(113) DE CASTRO, F.: «Derecho civil de España», *cit.*, I, pp. 238-239.

(114) Con el tiempo vino a prevalecer que, en aquellas materias que no se pueden reconducir al Código civil, en cuanto Derecho común, se tuviera en cuenta la «tradición jurídica catalana» como criterio interpretativo (arts. 1-2 de la Compilación de Cataluña de 1960).

(115) Así, BERNI, ASSO y DE MANUEL, etc., lo mismo que FRANCO DE VILLALBA, entre los autores aragoneses (*vid. supra*, nota 9) y, especialmente, FERNÁNDEZ MESA: «Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos nacionales y romano en España y de interpretar aquél por éste y por su propio origen», Madrid, 1802, páginas 112 y ss., aunque incurriendo en algún error.

(116) «Apparatus iuris publici Hispanici», Madrid, 1751.

(117) El propio MAYANS Y SISCAR: «Idea de un Diccionario universal», *cit.*, p. 98, define el Derecho público como «el que pertenece al bien y conservación del género humano». En el fondo él era un humanista, rezagado en el tiempo, apasionado por la cultura del Derecho romano, en un momento en que la Europa ilustrada se había olvidado de ella o le volvía la espalda.

Así, pretendiendo conforme al método de la jurisprudencia racional, elaborar una obra basada en las *Partidas*, por considerar que en ella se encierra «lo más sublime y ensalzado en el orden de los conocimientos naturales», no se consigue más que un resumen sistemático de aquéllas, como es el caso de Vizcaíno Pérez (118) y de algún otro por el estilo (119). Sólo al final de la época se llegará a publicar, por primera vez, una buena obra de Derecho público, debida al esfuerzo de De Dou (120), inscrita todavía, naturalmente, en la órbita del Antiguo régimen.

6. LA NOVISIMA RECOPILACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, COMO EPILOGO, Y PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION DE 1812.

Constituye ésta la última de las grandes *Recopilaciones* españolas, anterior a las Constituciones y a los Códigos modernos y que no llega a publicarse hasta 1805, bajo el reinado de Carlos IV.

Responde, de una manera genérica, como observa Federico de Castro, a la tendencia codificadora tan arraigada en el pensamiento ilustrado (121); sin embargo, no se atiene para nada al estilo de la Ilustración, puesto que no pasa de ser una recopilación que responde a la necesidad de paliar las dificultades derivadas de la multiplicación de textos legales y a superar los defectos que se atribuyen a la *Nueva Recopilación* (122).

Este cuerpo legal, por las circunstancias históricas en que se promulgó —un año después de que se promulgara el *Code civil*—, ya que no cabe pensar que su estudio no ofrecía grandes problemas, no ha sido objeto de comentarios, manifestándose en ello ese rigor, a veces dramático, que impone a los hombres y a sus obras el curso de la Historia. En cambio, su génesis sigue siendo interesante, o al menos lo es en el contexto del presente trabajo: lo explica la Real Cédula promulgatoria, aludiendo a las sucesivas publicaciones oficiales de la *Nueva Recopilación*, y a los añadidos que se habían ido

(118) «Compendio de Derecho público y común de España», Madrid, 1784.

(119) CORTINES Y ANDRADE: «Década legal, en que contraídas a diez las leyes de estos Reinos, se van poniendo por resumen bajo un contexto las de cada parte de la década», Madrid, 1785.

(120) Vid. *supra*, nota 112. Queda como testimonio de una buena construcción dogmática del Derecho público del Antiguo régimen, construida a imagen del Derecho privado, pero con una riqueza impresionante de datos históricos.

(121) «Derecho civil de España», *cit.*, I, p. 206; SÁNCHEZ, G.: «Curso de Historia del Derecho», *cit.*, pp. 162 y ss.

(122) Puestas de relieve por el autor de la «Novísima», REGUERA VALDELOMAR: «Extracto de las Leyes y Autos de la Recopilación», Madrid, 1799. Anteriormente, también por DE CASTRO, J. F.: «Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes», Madrid, 1765, pp. IV-V, aunque esta obra es más conocida por sus críticas al Derecho romano.

haciendo a la misma, sucesivamente. Esta relación, y otras noticias (123), muestran que el deseo de llevarlas a cabo ya aparece en las primeras décadas del siglo anterior, a partir de 1723. Posteriormente, después de que no quedara satisfecho el Consejo con los trabajos recopilatorios de los decretos, células y autos acordados posteriores a 1745, que se habían encargado al prestigioso jurista Manuel de Lardizábal, durante la última etapa del reinado de Carlos III, por indicación de Campomanes, se tomó la decisión, ya bajo Carlos IV, de proceder a la redacción de la *Novísima*, de la que se encargó al Relator de la Real Chancillería de Granada, José de la Reguera Valdelomar, que terminó su trabajo en 1802 y que, después de examinada por una Junta de Ministros, nombrada al efecto, lo que dio lugar a nuevas dilaciones, finalmente fue aprobada por el rey en 2 de junio de 1805.

Pero a pesar del interés demostrado y de los esfuerzos para lograrla, la *Novísima* ni superó los defectos denunciados ni logró satisfacer las aspiraciones de los juristas, y hasta la propia labor recopiladora, años más tarde, fue objeto de censuras (124). Puede decirse que constituyó uno de los últimos frutos del absolutismo, que dentro de este círculo viene a ser una confirmación de la unificación y nacionalización del Derecho español, lo que, sin lugar a dudas, expresa su propio título (125). Esto no le libra de «los anacronismos, errores y faltas de exactitud en las citas de los autores de las leyes y de los documentos de donde se tomaron; inclusión de leyes antiguas, superfluas, contradictorias, etc. Obsérvese que faltan en la *Novísima Recopilación* importantes disposiciones de la *Nueva*, no derogadas: se sabe que Carlos IV mandó suprimir algunas prescripciones de esta última, que juzgaba deprimentes para la autoridad real» (126). Por otra parte, «disponíase que todos los años se imprimiese un suplemento con la legislación nueva, encargándose a Reguera de ella. No se imprimió, sin embargo, más que un suplemento, muchos años después» (127).

Está compuesta de doce libros, de los que los ocho primeros son casi exclusivamente de materias de Derecho público, recogiéndose en el noveno, por primera vez agrupadas, las materias de Derecho mercantil y, en los tres últimos, respectivamente, las de Derecho civil,

(123) Vid. CERDÁ, J.: *Op. cit.*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 23, 1957, pp. 643 y ss.

(124) Especialmente, la del historiador liberal MARTÍNEZ MARINA: *Juicio crítico*, de la «Novísima Recopilación», Madrid, 1820, suscitada en su origen por haberse suprimido y no recopilado las disposiciones relativas a reunión de Cortes, y avivada por la polémica mantenida con Reguera Valdelomar.

(125) La Nueva Recopilación (1567) se conformaba con el título «Nueva Recopilación de las leyes de estos Reinos».

(126) GALO SÁNCHEZ: «Curso de Historia del Derecho», *cit.*, p. 164.

(127) *Ibid.*

procesal y penal (128). Como dice Federico de Castro, «contiene preceptos de *Derecho general*, que expresa o tácitamente se declaran aplicables a toda España; se revela la tendencia unificadora de toda la legislación respecto de los órganos rectores del Estado, la Judicatura y la Administración general» (129).

Por otra parte, en lo que respecta al Derecho privado, aparte de poner de relieve que durante todo el siglo XVIII se han dictado normas complementarias, correctoras o modernizadoras de los *Derechos forales*, como dice el propio Federico de Castro, «la mayor importancia de este contexto legal está en que manifiesta inequívocamente la voluntad del legislador, respecto a la relación entre el Derecho común y el foral y en cuanto a la consideración de los Derechos forales que quedan incluidos, como «*fueros provinciales*» en la organización jerárquica general de los Código españoles (130), en el mismo lugar y con el carácter de *Derecho singular y privilegiado* de los Fueros Municipales (de los que *en cada ciudad, o villa, o lugar que hubiesen*), siendo completados como éstos por el Derecho común nacional» (131).

Situación que se va a consolidar al instaurarse la época constitucional, por el influjo de las ideas de los escritores franceses del siglo XVIII, especialmente Montesquieu y Rousseau y por la divulgación de las excelencias de la Constitución inglesa (132). La característica más importante de este nuevo período, consiste en el carácter nacional de las leyes (133), en el derrumbamiento de los Derechos territoriales que todavía persistían en España, y en la elaboración de los Códigos propiamente tales.

«El derrumbamiento casi absoluto —como ha dicho Galo Sánchez— de los Derechos territoriales que persistían en España a principios

(128) Cada uno de los doce libros llevan las rúbricas siguientes: I. De la Santa Iglesia; sus derechos, bienes y rentas; prelados y súbditos y Patronato Real. II. De la jurisdicción eclesiástica, ordinaria y mixta y de los Tribunales y Juzgados en que se ejerce. III. Del Rey y de su Real Casa y Corte. IV. De la Real jurisdicción ordinaria; y de su ejercicio en el Consejo Supremo de Castilla. V. De las Chancillerías y Audiencias del Reyno: sus ministros y oficiales. VI. De los vasallos: su distinción de estados y fueros, cargas y contribuciones. VII. De los pueblos y su gobierno civil, económico y político. VIII. De las ciencias, artes y oficios. IX. Del comercio, moneda y minas. X. De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias. XI. De los juicios civiles ordinarios y ejecutivos. XII. De los delitos y sus penas y de los juicios criminales.

(129) «Derecho civil de España», *cit.*, I, pp. 240-241.

(130) N. 3, 2, 3.

(131) «Derecho civil de España», *cit.*, I, pp. 241-242, cuidándose de indicar que ya antes así se entendía por la doctrina (cita a BERNI, MUJAL y DE DOU), con base en el texto legal anteriormente citado (N. 3, 2, 3), p. 242, nota 1.

(132) Entre las figuras más eminentes, vid. DE ARGÜELLES, A.: «Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes Generales y Extraordinarias desde 1810 hasta 1813», Londres, 1835 (2 vols.); QUEIPO DE LLANO, J. M.: CONDE DE TORENO: «Discursos parlamentarios», Madrid, 1881 (2 vols.); «Nuevo vocabulario filosófico-democrático indispensable para todos los que deseen entender la nueva lengua revolucionaria», Sevilla 1813.

(133) SÁNCHEZ, G.: «Curso», *cit.*, pp. 189 y ss.

del siglo XIX es una de las notas más visibles de este segundo período de la Edad Moderna. Castilla, Vizcaya, Alava, Guipúzcoa, Cataluña, Baleares, Aragón, Navarra, territorios que conservan sus respectivos Derechos, tienden a uniformarse en el siglo XIX, perdiendo en gran parte sus especialidades y aceptando, en cambio, un Derecho nuevo, uniforme y común para toda España. Promúlganse Códigos y leyes generales, que se dan para todos los territorios de la nación, cosa que puede decirse que no había ocurrido desde la época visigoda. No se trata, como ya hemos observado, de una extensión del Derecho de Castilla a los demás territorios; el nuevo derecho del siglo XIX, sin prescindir del tradicional se inspiraba en parte en modelos extranjeros, buscando así la perfección del antiguo Derecho» (134). Poniendo en obra, algo que se había hecho siempre, a lo largo de la época del Derecho común: completar la obra de la recepción.

Las bases, para llevar a cabo esta tarea, las consagra la *Constitución de 1812*. Ya anteriormente, las Cortes de Cádiz había aprobado, en 5 de febrero de 1811, una proposición del diputado catalán Espiga y Gadea, para llevar a cabo la codificación de las ramas más importantes del Derecho y de la Administración (civil, criminal, hacienda, comercio y educación pública) (135). Pero es la propia *Constitución de 1812* la que, en su artículo 258, establece que: «El Código civil y el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Con esto, un capítulo de la unificación del Derecho, en España, había quedado cerrado.

(134) *Ibid.*, p. 190. Vid. la «Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes de Cádiz» (2 vols.), ed. Cortes Generales, Madrid, 1987.

(135) DE CASTRO, F.: «Derecho civil de España», *cit.*, I, pp. 205-206; DE LOS MOZOS, J. L.: «Derecho civil», *cit.*, I-1, p. 229.

El contador-partidor dativo

Por LUIS PUIG FERRIOL

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO.—1. *Precedentes.*—2. *Justificación de la figura del contador-partidor dativo.*—3 *Configuración jurídica del cargo.*—3.1. Cargo voluntario.—3.2. Carácter personalísimo del cargo.—3.3. Cargo gratuito o retribuido.—4. *Supuestos en que procede nombrar contador-partidor dativo.*—5. *Capacidad para ser contador-partidor dativo.*—6. *Legitimación para instar el nombramiento de contador-partidor dativo.*—7. *Nombramiento de contador-partidor dativo.*—8. *Facultades del contador-partidor dativo.*—9. *Forma de practicar la partición.*—10. *Plazo para practicar la partición.*—11. *Eficacia de la partición realizada por el contador-partidor dativo.*

1. Este trabajo se centra en el estudio de la figura del contador-partidor dativo, que con carácter de novedad aparece en el contexto del Código civil con motivo de la reforma de este cuerpo legal por Ley 11/1981, de 13 de mayo, que añade al artículo 1.057 un segundo apartado, redactado en los siguientes términos: «No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo conformación expresa de todos los herederos y legatarios». El trabajo se concretará a las cuestiones que suscita este nuevo apartado 2.^º del artículo 1.057, y de intento se marginarán los problemas que suscita el también nuevo artículo 841.2.^º del Código civil, en cuanto faculta —en determinados supuestos— al contador-partidor dativo para pagar en metálico la legítima de los hijos o descendientes.

La figura del contador-partidor dativo carece de precedentes en el Código civil, que sólo regulaba la figura del contador-partidor testamentario, en el apartado 1.^º del propio artículo. De todas formas

cabe pensar que una manifestación —si se quiere indirecta— de la figura ahora en estudio, se encuentra en el caso de que el causante de la sucesión hubiese nombrado un albacea —universal o particular— al cual hubiese conferido —además— la facultad de practicar la partición hereditaria; pues si el ejecutor testamentario hubiese cesado en el cargo sin haber cumplido su función, cabe que en tal supuesto se procediera al nombramiento de un albacea dativo, al amparo de lo prevenido en el artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el cual asumiría —también— las funciones propias del contador-partidor dativo. De todas formas la respuesta es más segura en el supuesto de que la sucesión hubiera de regularse por las normas del Derecho civil de Cataluña, pues según el artículo 237.3.^º de su Compilación, el albacea universal de entrega directa del remanente de bienes hereditarios está facultado, salvo disposición en contra del causante, para efectuar la partición de la herencia; y según el artículo 241.1.^º de la propia Compilación vacante el albaceazgo, se pueden nombrar uno o más albaceas dativos «con las mismas funciones y facultades que los albaceas testamentarios».

Con todo, el precedente más claro de la figura del contador-partidor dativo se encuentra en la Ley 345 de la Compilación de Navarra, en la cual se previene que «no habiendo unanimidad, los herederos que sumen al menos dos tercios del caudal hereditario líquido podrán acudir al Juez para que éste designe contador que practique la partición. La partición realizada por el contador y aprobada por el Juez obligará a todos los herederos. A falta de dicha mayoría de dos tercios, quedará a salvo el derecho de cualquier heredero para ejercitarlo en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil».

2. Sobre las razones que puedan haber movido al legislador para introducir en el texto del Código civil la figura del contador-partidor dativo, la respuesta no parece demasiado difícil, especialmente si la cuestión se examina con la vista puesta en los precedentes del artículo, es decir, la antes referida Ley 345 del Fuero Nuevo de Navarra.

Pues, en efecto, tanto la mentada Ley 345, como el artículo 1.059 del Código civil, exigen para la eficacia de la partición practicada por los coherederos, el acuerdo unánime de todos ellos. La doctrina ha puesto reiteradamente de relieve los inconvenientes que en la práctica pueden derivarse de este principio de la unanimidad, que en algunas ocasiones implica dejar al arbitrio o a la mala fe de alguno de los coherederos la efectiva práctica de la partición hereditaria. Ciento que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo unánime, la Ley ofrece la vía de acudir a la partición judicial conforme al artículo 1.059 del Código civil. Pero el remedio —ello es bien conocido— dista mucho de ser satisfactorio, por las considerables dilaciones y gastos que inevitablemente llevan consigo los procedimientos particionales seguidos ante los organismos jurisdiccionales. Por ello, la doctrina había

apuntado, aunque sin una excesiva concreción, la oportunidad de buscar alguna solución, que orillara los inconvenientes derivados del principio de la unanimidad, pero que en todo caso salvaguardara el derecho de cada uno de los coherederos en las particiones.

Como se indicara antes, esta difícil composición de intereses se conjuga, en primer lugar, en la Ley 345 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Si los coherederos no consiguen llegar a un acuerdo unánime, aquellos que sumen al menos los dos tercios del caudal hereditario líquido, pueden pedir al Juez el nombramiento de un contador-partidor dativo para que efectúe la partición, que deberá ser aprobada por el Juez. Y siguiente este precedente, y con igual fundamento, el nuevo artículo 1.057.2.^º del Código civil previene que a falta de acuerdo unánime entre los coherederos, los herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, pueden pedir al Juez el nombramiento de un contador-partidor dativo para que practique la partición, que deberá ser aprobada por el Juez, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

3. Por cuanto hace referencia a la configuración jurídica del cargo, creo que el problema debe resolverse a base de una interpretación sistemática del artículo 1.057 del Código civil. El precepto regula —en su apartado 1.^º— la figura del contador-partidor nombrado por el causante de la sucesión, para que después de su muerte practique la simple partición de la herencia. Y el apartado 2.^º de este mismo artículo encomienda al Juez la facultad de nombrar un contador-partidor dativo, también con la finalidad de practicar la simple partición de la herencia, cuando por cualquier causa falte o no pueda practicar la partición el preferente contador-partidor testamentario. De lo cual —creo— se sigue que el contador-partidor dativo debe configurarse jurídicamente como un sustituto o sucedáneo del contador-partidor testamentario; o dicho en otras palabras, que el contador-partidor dativo, cuando proceda su nombramiento, viene a ocupar el puesto del contador-partidor testamentario.

De acuerdo con este razonamiento, la posición jurídica del contador-partidor dativo será la misma que se predique del contador-partidor testamentario. Si bien con ello no queda enteramente resuelto el problema, pues no es pacífica —ni mucho menos— la naturaleza jurídica del cargo de contador-partidor testamentario. En la jurisprudencia se acoge a veces la tesis de que el contador-partidor es un mandatario del causante (así las SS. de 23 de junio de 1930 y 19 de febrero de 1962); la de que el cargo de contador-partidor testamentario es un mandato *post mortem* (SS. de 3 de junio de 1950 y 2 de junio de 1956), sin preocuparse —al parecer— por la admisibilidad o no de esta especie de mandato en el ordenamiento jurídico español; o también que el cargo de contador-partidor guarda una cierta

analogía con el de albacea (así la S. de 23 de noviembre de 1974), lo cual dista mucho de ser una solución concreta, pues de inmediato aflora el problema de si el albacea es o no un mandatario del causante de la sucesión.

En cuanto a la tesis que configura el cargo de contador-partidor como un mandatario, cabe alegar fundamentalmente en contra que entre el causante de la sucesión y el contador-partidor que designa, no se ha concluido contrato alguno, pues el contador-partidor sólo entra a desempeñar el cargo cuando el causante de la sucesión ya ha muerto, y, por tanto, en un momento en el cual ya no puede celebrar contrato alguno. Y por otra parte la partición practicada por el contador-partidor se impone, por regla general, a todos los afectados por el proceso sucesorio, lo cual es un claro indicio de que su posición jurídica es bastante más firme que la de un simple mandatario, que normalmente debe limitarse a seguir las instrucciones recibidas de su mandante (argumento art. 1.719 del Cc).

A la vista de ello puede resultar útil acudir al punto de vista de que la intervención de un tercero (aquí el contador-partidor) en el proceso sucesorio, se establece para poner fin a la comunidad hereditaria, y, por ello, el contador-partidor, cuando forma los lotes que después habrán de adjudicarse a cada uno de los coherederos, no hace sino determinar el objeto del acto de extinción de la comunidad hereditaria, y en este sentido cabe atribuir al contador-partidor el carácter de un arbitrador, que según la doctrina más autorizada —así Díez-Picazo— supone atribuir a una persona la función de decidir sobre un extremo del negocio o de realizar una concreta actividad negocial. Tesis ésta que de alguna manera informa la sentencia de 18 de mayo de 1933, que califica al contador-partidor de *judex familiæ erciscundae*.

Por tanto, la naturaleza jurídica del cargo de contador-partidor dativo será la de un arbitrador. Si bien —con la natural diferencia— de que mientras el cargo de contador-partidor testamentario se traduce en un encargo fiduciario hecho por el testador, porque se fundamenta en una relación de confianza entre el causante de la sucesión y la persona designada, esta relación fiduciaria no se dará normalmente con respecto al contador-partidor dativo, pues en no pocas ocasiones el designado como tal ni siquiera llegaría a conocerle el causante.

Esta configuración jurídica del cargo de contador-partidor dativo como un subrogado o como una persona que ocupa el lugar del contador-partidor testamentario, es útil, por cuanto permitirá orientarse en la solución de algunas de las cuestiones que deja en el aire el artículo 1.057.2.^º del Código civil. Concretamente:

3.1. El cargo de contador-partidor es voluntario, puesto que cumple o desempeña en el proceso sucesorio unas funciones claramente privadas, que postulan indudablemente la tesis de que el designado

para practicar la partición, no tiene en ningún momento el deber de aceptar el cargo. Por consiguiente el designado como contador-partidor sólo se convertirá en tal una vez que haya aceptado el cargo, que viene llamado a desempeñar.

Con referencia al contador-partidor testamentario, la doctrina —con carácter general— entiende que la aceptación —o en su caso la renuncia— al cargo, se rige por las normas relativas al albaceazgo. Aquí sólo interesa apuntar que de acuerdo con esta remisión, el contador-partidor testamentario puede aceptar el cargo de una forma expresa o táctica, pues el albaceazgo puede aceptarse conforme a cualquiera de estas dos modalidades. Interesa ahora considerar si podrá o no hacerse la misma afirmación con respecto al contador-partidor dativo, ex artículo 1.057.2.^º del Código civil. Del contexto del precepto parece deducirse que se está pensando en la hipótesis de que el designado ha de aceptar el cargo de una forma expresa, pues el nombramiento lo hace el Juez conforme a las reglas de la Ley Procesal civil en materia de designación de peritos; y del artículo 618 de la Ley de Enjuiciamiento civil resulta que el designado ha de aceptar el cargo y jurar desempeñarlo bien y fielmente ante el Juez que le haya nombrado, lo cual supone —evidentemente— que el cargo se acepta de una forma expresa.

El contador-partidor dativo que haya aceptado el cargo, se constituye en el deber de desempeñarlo de acuerdo con lo prevenido en el artículo 899 del Código civil, aplicable aquí por razones de analogía. Si bien, y con arreglo al propio artículo, cabe entender que podrá excusarse de seguir en el ejercicio del cargo, alegando una justa causa al prudente arbitrio del Juez.

3.2. El cargo de contador-partidor testamentario es —parece claro— un cargo personalísimo, puesto que se trata de un cargo de confianza hecho por el testador a una persona o a unas personas determinadas; lo cual —por otra parte— está de acuerdo con la tesis antes referida de configurarlo como un arbitrador, que también es un cargo personalísimo.

Este carácter personalísimo del cargo debe predicarse también del contador-partidor dativo, pues si bien es cierto que no puede jugar aquí la relación fiduciaria que se da entre el causante de la sucesión y el contador-partidor testamentario, no obstante, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que se remite el artículo 1.057.2.^º del Código civil, los peritos deberán ser tales con referencia al punto sobre el cual ha de versar su dictamen, o —por lo menos— los peritos han de ser personas entendidas o prácticas; lo cual presupone claramente que se trata de un encargo personalísimo, porque se designa para desempeñarlo a una concreta persona en atención a las particulares circunstancias que concurren en la misma.

Como consecuencia de ello, el contador-partidor dativo designado por el Juez no podrá nombrar un tercero para que le sustituya en el cargo, es decir, que no podrá transmitir a una tercera persona su condición de contador-partidor dativo, quedando el primero apartado del cargo. Como tampoco podrá delegar en una tercera persona el ejercicio del cargo, entendiendo aquí por delegación el supuesto de que el contador-partidor dativo que hubiese aceptado el cargo, pudiera después encomendar a terceras personas las funciones propias del contador-partidor, conservando el designado por el Juez su carácter de tal. En cambio, el carácter personalísimo del cargo entiendo que no obsta —en línea de principio— a la posibilidad de que el contador-partidor dativo pueda, para el mejor cumplimiento de su cometido, valerse de auxiliares para que le ayuden en el ejercicio o cumplimiento de determinados actos —materiales o jurídicos—, cuando la ejecución de los mismos por el propio contador-partidor dativo no sea posible o le suponga una notable incomodidad o carezca de los conocimientos o de la pericia necesarias. En cuyo caso podrá el contador-partidor dativo valerse de auxiliares, si bien en este caso se aplicarán las reglas generales sobre responsabilidad, no sólo por los actos propios, sino también por los realizados por los auxiliares del contador-partidor dativo, que originaron unos perjuicios a terceros.

3.3. El cargo de contador-partidor testamentario —ya se ha puesto de relieve antes— se configura como un encargo de confianza hecho por el testador a favor del designado, y en atención a esta relación fiduciaria debe entenderse que, por regla general, el cargo de contador-partidor testamentario es gratuito, como lo son en general los cargos de confianza, por lo menos en la esfera del Derecho civil. Significativo parece al respecto que el Código civil no señale retribución alguna a los contadores-partidores, de suerte que en este extremo relativo al carácter gratuito o retribuido del cargo de contador-partidor testamentario, deberá estarse a la voluntad del causante de la sucesión.

Por cuanto hace referencia al contador-partidor dativo, entiendo que la solución no puede ser la misma. Pues en méritos que la remisión que el artículo 1.057.2.^º del Código civil hace a las normas de la Ley Procesal Civil sobre nombramiento de peritos, ya se puso de relieve antes que conforme al artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los peritos deberán ser tales con referencia al punto sobre el cual haya de versar su dictamen, o —por lo menos— habrán de ser personas entendidas o prácticas. Mas si ello es así, tendrá en tal supuesto particular relevancia lo prevenido en el artículo 908 del Código civil, que como excepción al principio de gratuitad del cargo de albacea, establece el derecho que le asiste para cobrar cuanto le corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos. Criterio éste que aparece también en el artículo 1.711.2.^º del Código civil, que como excepción al principio de la gratuitad del mandato, previe-

ne que si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, entonces es retribuido.

Por tanto, si el nombrado para desempeñar el cargo de contador-partidor dativo lo es en atención a determinadas condiciones profesionales o técnicas que concurren en el mismo, que permiten atribuirle el carácter de perito o por lo menos de entendido o práctico en materia de particiones hereditarias, de esta consideración se deriva indudablemente el carácter retribuido del cargo de contador-partidor dativo. Y al respecto debe precisarse que por regla general esta retribución se concretará normalmente en el pago de los honorarios que pueda exigir el contador-partidor dativo, de acuerdo con los aranceles o normas reguladoras que tenga establecidas su colegio profesional.

Con todo, pienso que ésta no será sino una regla general, a la que es posible señalar alguna excepción. Como más significativa, se me ocurre la de que el causante de la sucesión haya nombrado un contador-partidor testamentario, señalándole una retribución, y por no haber llegado a desempeñar el cargo el designado, se nombre después un contador-partidor dativo con arreglo al artículo 1.057.2.º del Código civil. En este caso tendrá peculiar relieve lo dicho antes, o sea, que el contador-partidor dativo es un sustituto del contador-partidor testamentario. Y si a éste el causante le señaló una retribución, no obstante tratarse de un cargo normalmente gratuito, es de suponer que ello obedecería a las particulares dificultades o problemas que seguramente ofrecerá la partición en aquella concreta herencia. Y como que estas mismas dificultades serán las que tendrá que afrontar el contador-partidor dativo que sustituya al designado por el causante de la sucesión, entiendo que aquél tendrá derecho a exigir la retribución establecida por el causante, cuando la misma sea superior a la que pudiera corresponderle por honorarios profesionales. Pero no —evidentemente— exigir la retribución señalada por el causante, y además sus honorarios profesionales.

Cabe también que por vía de retribución —por lo menos indirecta— el causante de la sucesión hubiese ordenado algún legado a favor del contador-partidor que designaba, y que por voluntad —implícita o explícita— del propio causante, el contador-partidor testamentario sólo pudiese exigir el legado o cualquier otra atribución *mortis causa* si realmente hubiese practicado la partición (y esto es lo que realmente presupone el art. 900 del Cc). Si en esta tesitura el contador-partidor testamentario no llega a ejercer el cargo, y, por tanto, se procede a nombrar un contador-partidor dativo con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.057.2.º del Código civil, aquél no podrá exigir —evidentemente— el legado, que pienso se refundirá en la masa hereditaria, y sin que —por tanto— pueda exigirlo el contador-partidor dativo que le sustituya, el cual sólo podrá reclamar los honorarios profesionales que le correspondan. Pues el legado, o cualquiera otra atribución por causa de muerte, se hace en atención a las condiciones

personales del favorecido, que creo priman sobre la finalidad —puramente secundaria— que pueda tener el legado, como es la de remunerar indirectamente al contador-partidor testamentario. Por consiguiente, entiendo que la gran mayoría de las veces implicaría violentar la voluntad del causante, si se hiciera extensivo el legado ordenado a favor del contador-partidor testamentario, al contador-partidor dativo que le sustituya, pues normalmente nadie ordena legados ni otras atribuciones *mortis causa* a favor de personas, que normalmente ni siquiera llegó a conocer en vida.

Otra cosa es que —por ejemplo— el beneficiado en el testamento con algún legado puro y simple de cosa específica, genérica o de cantidad, venga después designado para desempeñar el cargo de contador-partidor dativo. En tal caso creo que sin duda podrá exigir el legado y —además— los honorarios profesionales que le correspondan.

En otros ordenamientos civiles españoles, el problema de la remuneración del contador-partidor dativo discurrirá —por lo menos parcialmente— por otros derroteros:

a) Así, y con arreglo a lo prevenido en el artículo 239.1.^º de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, el albacea particular que sea —además— contador-partidor, por regla general podrá exigir la remuneración del 2 por 100 del activo hereditario líquido. Esta remuneración se establece en atención al cargo de contador-partidor, y no por la condición de albacea particular, que conforme al texto catalán es cargo gratuito. Por tanto, si la sucesión se rige por las normas del Derecho civil de Cataluña, entiendo que el contador-partidor dativo nombrado al amparo del artículo 1.057 del Código civil sólo podrá exigir la remuneración del 2 por 100 que establece el artículo 239 del texto compilado catalán, pero no la mayor que tal vez pudiera corresponderle por honorarios profesionales, pues esta remuneración del 2 por 100 es la que establece la Ley para el contador-partidor designado en lugar preferente, y con mayor motivo es la que delimitará aquello que pueda exigir el sustituto del contador-partidor testamentario. A reserva de que, como establece el propio artículo 239.1.^º de la Compilación, el causante señale una retribución al contador-partidor que designa; en cuyo caso ésta será también la retribución —superior o inferior a la legal— que podrá exigir el contador-partidor dativo que sustituya al designado en lugar preferente.

b) Por cuanto hace referencia al Derecho civil de Navarra, la Ley 345 de su Compilación regula la figura del contador-partidor dativo, pero nada establece en orden a su retribución. Pero como del contexto de esta Ley 345 resulta también que dicho contador-partidor dativo tiene el carácter de sustituto del contador-partidor testamentario, creo puede invocarse en este punto la Ley 343 de la propia Compilación, que se remite a la Ley 298, de la cual resultará que el contador-partidor dativo tendrá derecho a la retribución que resulte de la costumbre del lugar o, en su defecto, la que resulte equitativa

De lo cual —entiendo— cabe deducir que cuando la sucesión se rija por el Derecho civil de Navarra, el contador-partidor dativo podrá exigir únicamente la retribución que resulte de la referida Ley 298, y no la que pudiere corresponderle por honorarios profesionales. A menos que el causante haya señalado otra retribución para el contador-partidor testamentario, que será también la que —en su caso— podrá exigir el contador-partidor dativo que le sustituya en el cargo.

4. Por cuanto hace referencia a los supuestos en los cuales será procedente nombrar un contador-partidor dativo, no parece que en este punto hayan de suscitarse cuestiones difíciles. Según el artículo 1.057 del Código civil se prevé el nombramiento de contador-partidor dativo «no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante al cargo...». Al respecto conviene precisar:

a) Que según el transcritto precepto se puede interesar el nombramiento de un contador-partidor dativo, cuando no haya testamento, con lo cual el legislador querrá referirse seguramente a los supuestos de sucesión intestada. De todas formas aquí puede interferirse la disposición del artículo 1.057.1.^º del Código civil, que permite nombrar contador-partidor en acto *inter-vivos*, y según la interpretación que se dé a esta norma, sería viable que una persona falleciera intestada, pero con nombramiento válido de un contador-partidor, que en línea de principio obstaría a la posibilidad de que pudiera procederse —directamente— al nombramiento de un contador-partidor dativo. No parece conveniente aquí detenerse a desentrañar el sentido del artículo 1.057.1.^º del Código civil, sobre posibilidad de nombrar contador-partidor testamentario en acto entre vivos.

b) Procederá el nombramiento de contador-partidor dativo cuando el testamento resulte ineficaz, pues en cuanto aquí interesa, se equipará el supuesto de no existir testamento al de haber testado el causante de la sucesión, si el testamento es ineficaz, ya sea por defectos estructurales o por circunstancias sobrevenidas. Procederá también el nombramiento de contador-partidor dativo en algún supuesto de nulidad parcial del testamento, cual sucederá si es nula únicamente la cláusula que contiene el nombramiento de contador-partidor testamentario.

c) El artículo 1.057.2.^º del Código civil previene igualmente que es posible instar el nombramiento de un contador-partidor dativo, cuando el testamento —válido— no contenga nombramiento de un contador-partidor testamentario. Al supuesto de falta de nombramiento, o de ser éste nulo, debe equiparse el caso de que el causante de la sucesión haya nombrado contador-partidor testamentario, y éste renuncia al cargo al cual es llamado; lo cual es perfectamente posible como consecuencia del carácter esencialmente voluntario del cargo de contador-partidor testamentario. Si el causante ha nombrado una pluralidad de contadores-partidores testamentarios, para que actúen con

el carácter de mancomunados o solidarios, por lo general no podrá interesarse el nombramiento de contador-partidor dativo en tanto exista alguno de ellos con posibilidad de aceptar el cargo y de ejercerlo. Y si el causante ha nombrado una pluralidad de contadores-partidores con el carácter de sucesivos, únicamente cuando ninguno de ellos llegue a asumir el cargo, ya fuere por no querer o por no poder aceptarlo, podrá interesarse eficazmente el nombramiento de un contador-partidor dativo.

d) Y, por último, se previene en el artículo 1.057.2.^º del Código civil, que podrá pedirse el nombramiento de contador-partidor dativo, cuando esté vacante el cargo de contador-partidor testamentario. Ello ocurrirá fundamentalmente en los supuestos de que el contador-partidor testamentario que aceptó el cargo, se excuse de seguir ejerciéndolo mediante alegar una justa causa (cfr. art. 899 del Cc); y también cuando el contador-partidor testamentario fallezca, se encuentre en la imposibilidad de ejercer sus funciones, sea removido o haya transcurrido el plazo de que disponía para efectuar la partición, y sin que en ninguno de estos supuestos haya ultimado su cometido. Aplicando aquí también, con las debidas adaptaciones, las reglas antes esbozadas para los supuestos de contadores-partidores mancomunados, solidarios o sucesivos.

5. Respecto a quién podrá ser nombrado contador-partidor dativo, conviene recordar aquí una vez más que se parte de la tesis de que el contador-partidor dativo es un sustituto del contador-partidor testamentario. Por tanto, las condiciones de capacidad que —en sentido amplio— exige la Ley para ser contador-partidor testamentario, se aplicarán también al contador-partidor dativo.

La Ley establece un principio general de capacidad para ser contador-partidor testamentario, pues con arreglo al artículo 1.057.1.^º del Código civil puede serlo «cualquiera persona». La expresión es —sin duda— excesivamente vaga, y de alguna manera cabe concretarla mediante una remisión al artículo 983 del Código civil, que puesto en relación con el artículo 1.263 del propio Código, supondrá establecer que no pueden ser contadores-partidores —testamentarios ni dativos— los menores de edad ni los incapacitados. Por tanto, deberá admitirse la posibilidad de que pueda ser contador-partidor dativo un menor emancipado; pues aunque la partición hereditaria recaiga sobre bienes inmuebles, no le afectarán las prevenciones del artículo 323 del Código civil, que se establecen únicamente con referencia a los intereses patrimoniales propios o privativos del menor emancipado.

Aparte estas reglas generales sobre capacidad, el contador-partidor dativo deberá reunir unas condiciones de idoneidad, que son las del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el cual exige que los peritos sean tales con respecto a la materia sobre la que ha de versar

su dictamen, o que —por lo menos— sean personas entendidas o prácticas en la materia. Con respecto a este particular, se ha puesto de relieve que la norma puede acarrear dificultades prácticas a la hora de su aplicación, pues no hay una profesión de contador-partidor (Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida). Lo cual es cierto, y a la vista de esta observación cabría pensar en la conveniencia de tener en cuenta la composición del caudal hereditario; pues si se prevén que las principales dificultades en el proceso particional pueden centrarse —por ejemplo— en la valoración y distribución de determinados bienes —ya sean fincas, valores no cotizables, objetos de valor o antigüedades—, podría resultar oportuno centrar el nombramiento de contador-partidor en persona que fuera un perito con respecto a los bienes que presumiblemente suscitarán mayores problemas o dificultades en la partición. En este punto no debería descartarse la posibilidad de que el nombramiento de contador-partidor dativo recayera en una persona jurídica; aunque —me parece claro— el artículo 1.057 del Código civil no tiene a la vista esta eventualidad.

Delimitadas de esta forma las condiciones de capacidad y de idoneidad que establece la Ley para ser contador-partidor dativo, debe señalarse seguidamente que en las referidas personas no debe concurrir una prohibición para ser contador-partidor en una concreta y determinada herencia. Sobre el particular se previene en el artículo 1.057.1.^º del Código civil que no puede ser contador-partidor testamentario ninguno de los coherederos. La prohibición tiene un fundamento indiscutible, y, por tanto, el Juez no podrá nombrar contador-partidor dativo a ninguno de los coherederos, entre los que debe incluirse el cónyuge viudo conforme a lo prevenido en el artículo 807 del Código civil (así SS. de 8 de febrero de 1892 y 13 de junio de 1898). Por bien que la cuestión fue en su tiempo discutida, debe entenderse que el Código civil exige el requisito de la aceptación para que el llamado a la herencia se convierta en heredero. Por tanto, cuando el artículo 1.057 del Código civil prohíbe ser contador-partidor a cualquiera de los coherederos, por tales debe entenderse a los llamados que hayan aceptado la herencia en cualquiera de las formas o modalidades que establece la Ley. Con la natural consecuencia de que el Juez pueda designar para el cargo de contador-partidor dativo al coheredero llamado, que haya renunciado a su cuota hereditaria (aunque —en los casos generales— tal vez ello no sea lo más recomendable). Pero en todo caso con la prudente salvedad que establece la sentencia del 18 de mayo de 1962, para el supuesto de que uno de los coherederos renuncie a su cuota en beneficio de otro coheredero; pues en esta tesitura la sentencia aprecia una preferencia del cedente para el beneficiario de la renuncia, que podría repercutir negativamente en el proceso particional.

En atención al fundamento de la prohibición, la doctrina en general entiende que tampoco podrá ser contador-partidor testamentario

el legatario de parte alícuota, aunque otra cosa entendiera la resolución de 17 de agosto de 1956. Esta postura jurisprudencial —aislada— parece recusable, y, por tanto, sugeriría como criterio más fundado, que el Juez no pudiera nombrar para el cargo de contador-partidor dativo a un legatario de parte alícuota por razones de incompatibilidad. Que en cambio no afectarán al Notario autorizante del testamento, según el artículo 139 del Reglamento notarial (cfr. también la S. de 24 de mayo de 1954).

Para el supuesto de que la sucesión haya de regirse por el Derecho civil de Cataluña, el Juez —a la hora de designar un contador-partidor dativo— deberá atenerse a lo prevenido en el artículo 240.4.^º de su Compilación, según el cual no podrá ser contador-partidor ningún coheredero o legatario de parte alícuota, salvo que este último sea un ascendiente de todos los herederos. Y para la hipótesis de que la sucesión haya de regirse por el Derecho civil de Navarra, el nombramiento de contador-partidor dativo quedará sujeto a las limitaciones de la Ley 341 de su Compilación, en la cual se previene que «no pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo».

Como consecuencia de la remisión que hace el artículo 1.057.2.^º del Código civil a la reglas de la Ley Procesal civil para la designación de peritos, de dicha remisión cabe deducir una prohibición para ser contador-partidor en una concreta sucesión. Y es la que se deriva de los artículos 617 y 619-625 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en sede de recusación de peritos, de los cuales resultará que cualquiera de los interesados en la partición podrá recusar los peritos que sean parientes por consanguineidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, de cualquiera de los interesados en la partición (art. 621, núm. 1.^º de la LEC); a quienes anteriormente y sobre el mismo asunto hayan dado dictamen contrario a la parte recusante (núm. 2, ídem); a quienes hayan prestado servicios como perito a cualquiera de los interesados en la partición o ser dependiente o socio de cualquiera de los involucrados en el proceso particional (art. 621, núm. 3 de la LEC); a quienes tengan interés directo o indirecto en la partición o participación en sociedad, establecimiento o empresa de cualquiera de los afectados por la partición (núm. 4, ídem); y a quienes tengan enemistad manifiesta o amistad íntima con cualquiera de los afectados por el proceso particional (art. 621, núms. 5 y 6 de la LEC).

Para los contadores-partidores testamentarios se previene en el artículo 1.057.1.^º del Código civil que se puede nombrar a «cualquier persona», y, por tanto, admite el precepto la posibilidad de que el causante de la sucesión nombre un sólo contador-partidor o una pluralidad de ellos, para que actúen con el carácter de mancomunados, solidarios o sucesivos, con arreglo a las normas que se contienen en los artículos 895 y siguientes del Código civil para los albaceas. Pero tal posibilidad no se hace extensiva al contador-partidor dativo, pues

con arreglo al artículo 1.057.2.^º del Código civil sólo se faculta al Juez para nombrar *un* contador-partidor dativo; mientras que la Ley 345 de la Compilación de Navarra no parece tan estricta en este punto, pues si bien es cierto que habla de contador-partidor dativo en singular, falta en cambio el artículo *un*, que reafirme la idea del número singular. Esta exigencia que aparece en el Código civil, de que sólo pueda nombrarse un contador-partidor dativo, se establece con la finalidad de evitar posibles conflictos derivados de la partición practicada por una pluralidad de contadores-partidores, propiciados en parte por la no muy lograda regulación de los albaceas mancomunados y solidarios en los artículo 895 y siguientes del Código. De todas formas pienso que lo único que persigue el artículo 1.057.2.^º del Código civil, es que realice la partición un sólo contador-partidor dativo; por lo cual parece admisible que el Juez pueda designar una pluralidad de contadores-partidores con el carácter de sucesivos, es decir, para que actúe uno en defecto del otro o después del designado en lugar preferente, si éste cesa en el cargo antes de haber practicado la partición hereditaria.

6. La siguiente cuestión a examinar, es la referente a quiénes están legitimados para instar el nombramiento de un contador-partidor dativo. En atención a que el derecho sucesorio español se inspira claramente en el principio de reconocer el máximo respeto a la voluntad del causante de la sucesión, es claro que no procederá nombrar de oficio un contador-partidor dativo, sino que tal nombramiento se efectuará siempre a instancias de parte interesada. Y por tal entiende el artículo 1.057.2.^º del Código civil la petición formulada por herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario; mientras que con arreglo a la Ley 345 de la Compilación de Navarra, la petición de nombramiento de contador-partidor dativo debe proceder de herederos que sumen, al menos, dos tercios del caudal hereditario líquido.

La expresión que aparece en el artículo 1.057.2.^º del Código civil, de que el nombramiento de contador-partidor dativo debe instarse por herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, puede originar algunas dudas. Al respecto se ha hecho notar que la disposición sólo puede referirse a los legatarios de parte alicuota, pues los demás no tienen cuota alguna en el haber hereditario (Díez Picazo, Gullón Ballesteros), punto de vista éste, que acoge la generalidad de la doctrina que se ocupa del problema. En este punto debe notarse que el artículo 1.057.1.^º del Código civil faculta al contador-partidor testamentario para efectuar la simple partición de la herencia, es decir, para poner fin a la situación de comunidad hereditaria por medio del correspondiente procedimiento particional. De lo cual se sigue que la legitimación para pedir el nombramiento de un contador-partidor sólo puede corresponder, aparte

de los coherederos, a los legatarios que se encuentren involucrados en la comunidad hereditaria por tener derecho a una fracción del activo hereditario, o —si se quiere— a una cuota de los bienes del testador, y éstos son únicamente los legatarios de parte alícuota.

Para que pueda pedirse el nombramiento de un contador-partidor dativo, exige el referido artículo 1.057.2.^º del Código civil que los herederos y legatarios de parte alícuota que insten el nombramiento, representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario. Esta expresión «haber hereditario», debe entenderse referida al remanente hereditario que quede después de satisfechas las deudas hereditarias y los legados (que no sean de parte alícuota) ordenados por el causante de la sucesión y demás cargas hereditarias; pues sólo tras la depuración del caudal hereditario, aparece el remanente que efectivamente corresponde a los coherederos, y de esta suerte se evita involucrar en el proceso particional valores que, en último término, no han de corresponder a los coherederos ni a los legatarios de parte alícuota.

Por otra parte estos coherederos y legatarios de parte alícuota que insten el nombramiento de un contador-partidor dativo, por tener en el caudal hereditario una participación de, al menos, el 50 por 100, deberán tener además la condición de coherederos legitimados para instar la partición hereditaria. Es decir, que deberán tener un derecho efectivo sobre su cuota hereditaria. Por tanto, no podrá instar el nombramiento de un contador-partidor dativo, ni sumar su cuota para alcanzar el límite del 50 por 100, al coheredero o legatario de parte alícuota instituido o nombrado bajo condición suspensiva, pues esta delación —retardada al tiempo de cumplirse la condición— impide que en la fase de petencia de la misma, pueda el coheredero pedir la partición de la herencia con arreglo al artículo 1.054 del Código civil. Y si uno de los coherederos ha cedido su cuota hereditaria a tercera persona, del artículo 403 del Código civil y de la sentencia de 27 de noviembre de 1961, resulta que el cesionario que represente más del 50 por 100 del haber hereditario, podrá pedir el nombramiento de contador-partidor dativo, o concurrir con su cuota junto con los demás para llegar a tal participación en la herencia.

Cabe señalar también que el artículo 1.057.2.^º del Código civil habla de coherederos y legatarios —así en plural— que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario. Pero parece que aquí lo decisivo es alcanzar esta participación en el haber hereditario, con independencia del número de personas que deban concurrir para alcanzar este tope. En consecuencia, será suficiente que inste el nombramiento de contador-partidor dativo un solo coheredero o un solo legatario de parte alícuota, si cualquiera de ellos representa, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario.

7. Estas personas legitimadas para instar el nombramiento de un contador-partidor dativo deben pedirlo al Juez, que será el competen-

te para conocer del juicio de testamentaría conforme a lo prevenido en el artículo 635.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y el procedimiento a seguir será el señalado en el artículo 616 de la misma Ley procesal para la designación de peritos (art. 1.057.2.^º del Cc).

Antes de resolver, el artículo 1.057.2.^º del Código civil impone al Juez el deber de citar a los demás interesados en la sucesión, si su domicilio fuese conocido. Sin duda, la cuestión fundamental que aquí se suscita, es la de determinar quiénes tendrán la consideración de interesados en la herencia a los efectos de este artículo 1.057.2.^º del Código civil. En primer lugar pienso que los coherederos y legatarios de parte alícuota que no hayan interesado el nombramiento de contador-partidor dativo, pues la partición que —en su caso— se pratique, les afectará directamente. Interesados serán también los demás legatarios, puesto que con arreglo al artículo 81 b) RH el contador-partidor (y, por tanto) también el dativo) está facultado para la entrega de los legados, lo cual se justifica por la razón antes apuntada de que en la partición de la herencia, los coherederos y los legatarios de parte alícuota sólo podrán adjudicarse los bienes y derechos que resten después de cumplir los legados. Y también tendrán el carácter de interesados en la partición los acreedores hereditarios que no hayan visto aún satisfechos sus derechos (art. 1.082 del Cc), los acreedores de los coherederos (art. 1.083, ídem) y los cesionarios de los mismos (art. 403 del Cc).

El artículo 1.057.2.^º del Código civil exige únicamente la *citación* de estos interesados, no su consentimiento o asentimiento al nombramiento de un contador-partidor dativo, propuesto por quienes sean parte legítima para su nombramiento. De todas formas las manifestaciones que hagan estos interesados podrán influir en la decisión del Juez, el cual —dice el precepto— «podrá» nombrar un contador-partidor dativo, y la procedencia o no de este nombramiento puede venir condicionada por las manifestaciones hechas por los interesados que hayan sido citados conforme al referido precepto. Y parece que el Juez, cuando acceda a nombrar un contador-partidor dativo, podrá —si así lo estima oportuno— adoptar las medidas precautorias que considere convenientes o le hayan sido sugeridas por los interesados, con el fin de salvaguardar su expectativa hereditaria.

8. Sobre facultades del contador-partidor dativo, debe señalarse en primer lugar que, por su carácter de sustituto del contador-partidor testamentario, tendrá las mismas facultades que éste. Y en este punto precisa el artículo 1.057.1.^º del Código civil, que el contador-partidor testamentario ostenta «la simple facultad de hacer la partición», y esta misma facultad corresponderá —por tanto— al contador-partidor dativo.

Claro que de inmediato surge el problema de precisar el sentido de la expresión «simple facultad de hacer la partición». En términos

generales, debe entenderse referida a la que se practica mediante adjudicar los mismos bienes hereditarios a cada uno de los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas, y, por tanto, excluyendo la posibilidad de adjudicar los bienes hereditarios a uno sólo o a alguno de los coherederos, pagando a los demás su cuota en metálico (cfr. la resolución de 10 de enero de 1903); con la salvedad —en todo caso— del artículo 1.062 del Código civil, tal como lo interpreta la sentencia de 4 de julio de 1895 y la resolución de 2 de diciembre de 1964.

La simple facultad de hacer la partición comprende también la de hacer las correspondientes adjudicaciones para pago de deudas, pero sólo en el caso de que la adjudicación se haga a favor de alguno de los coherederos (así, la resolución de 20 de septiembre de 1933, entre otras). Podrá también el contador-partidor dativo determinar si tienen o no el carácter de colacionables determinadas donaciones hechas por el causante de la sucesión, dadas las íntimas conexiones que existen entre la colación de bienes y las operaciones particionales: resolución de 9 de marzo de 1927. Así como también practicar la liquidación y división de los bienes gananciales, aunque con la intervención del cónyuge supérstite: resolución de 29 de enero de 1908, entre otras.

Si la sucesión ha de regirse por el Derecho Foral de Navarra, las facultades del contador-partidor dativo serán las que resulten de la Ley 340 de su Compilación, que son las de realizar por sí solo la partición de la herencia, liquidar con el cónyuge viudo la sociedad conyugal, y todas las demás necesarias para la partición de los bienes del causante o para intervenir en la división de bienes a los que aquél tuviera derecho.

9. Por cuanto hace referencia a la forma de practicar la partición, no se suscitan en este punto graves cuestiones. Para el contador-partidor testamentario, se sostiene que puede documentar la partición en escritura pública o en cuaderno particional que posteriormente se protocolice. Y los mismo regirá para el contador-partidor dativo.

De una interpretación sistemática del artículo 1.057 del Código civil, deduzco que lo dispuesto en el apartado 3.^º del precepto, se aplica tanto al contador-partidor testamentario (al que se refiere el apartado 1.^º del precepto) como al contador-partidor dativo, al que se refiere el apartado 2.^º Como se sabe, el referido artículo 1.057.3.^º del Código civil exige un inventario de los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios cuando alguno de los coherederos sea menor de edad o esté sujeto a tutela. (En sentido semejante se pronuncia la Ley 342 de la Compilación de Navarra.) No se exige, en cambio, la aprobación judicial de la partición que en estos casos efectúe el contador-partidor dativo, pues según el nuevo artículo 1.060 del Código civil «cuando los menores o inca-

pacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Y sin que tenga incidencia alguna aquí el actual artículo 271.4.^º del Código civil, que si bien exige —además— la aprobación judicial, esta exigencia se refiere a la partición convencional, es decir, a la practicada por los coherederos, cuando alguno de ellos esté representado en la partición por su tutor. Y aquí no se trata de una partición convencional, sino de la realizada por el contador-partidor dativo.

Sobre la forma de hacer constar la partición hereditaria en este supuesto, deberá estarse a lo prevenido en el artículo 80.1.^º a) RH, el cual exige escritura de partición o acta de protocolización de operaciones particionales formalizada con arreglo a las Leyes.

10. Nada establece el artículo 1.057 del Código civil con referencia al plazo de que dispone el contador-partidor para realizar la partición. Con referencia al contador-partidor testamentario, la jurisprudencia ha entendido que se aplican aquí las disposiciones sobre plazo en el albaceazgo (así la resolución de 13 de noviembre de 1903). Esto mismo será aplicable al contador-partidor dativo, el cual conforme a lo prevenido en los artículos 904 y 905 del Código civil, podrá practicar la partición en el plazo que el Juez le señale o en el de un año a partir de la aceptación, y con posibilidad de obtener las prórrogas a que se refiere el artículo 905 del Código civil.

11. Por cuanto hace referencia a la eficacia de la partición realizada por el contador-partidor dativo, la proposición última del artículo 1.057.2.^º del Código civil previene que «requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios». Esta disposición no deja de suscitar algunas cuestiones.

Del precepto resulta que la partición practicada por el contador-partidor dativo exige, además, la confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Esta exigencia de la confirmación por parte de *todos* los herederos y legatarios debe ser matizada, a tenor de lo dicho antes al tratar de la legitimación para instar el nombramiento de contador-partidor dativo. Y, por tanto, debe entenderse que sólo se exigirá la confirmación por parte de todos los coherederos que conforme al artículo 1.054 del Código civil puedan pedir la partición, por tener un derecho definitivo sobre su cuota hereditaria. Y en cuanto a los legatarios, sólo será exigible la de los que tengan la consideración de legatarios de parte alícuota, pues ya se puso de relieve en su momento que sólo tales legatarios tienen derecho a una cuota de los bienes hereditarios. Los demás legatarios únicamente pueden exigir sus legados, y, por tanto, en nada les afecta la partición realizada por el contador-partidor dativo, y por ello no tendría sentido exigir ahora la confirmación de los mismos. Dejando aparte que el propio contador-partidor dativo puede —y normalmente será

oportuno— que proceda a cumplir o a entregar estos legados que no sean de parte alícuota, conforme a lo prevenido en el artículo 81 b) RH.

Todos los coherederos y legatarios de parte alícuota deben *confirmar* la partición practicada por el contador-partidor dativo, según resulta del antes referido artículo 1.507.2.^º del Código civil. No resulta claro el sentido que haya de darse a esta *confirmación* que exige el precepto. En el lenguaje del Código civil el término «*confirmación*» aparece con un sentido preciso en sus artículos 1.309 y siguientes, de los cuales resulta que la *confirmación* es la facultad que la Ley atribuye al sujeto del negocio que se estima debe ser protegido, de purificarlo de los vicios o defectos de que adolecía, con lo cual el negocio obtiene su plena validez (cfr. art. 1.313 del Cc). Mas no parece que sea este el sentido de la «*confirmación*» en el artículo 1.057.2.^º del Código civil. Y ello por la razón fundamental de que la Ley establece el remedio de la *confirmación* con referencia a los negocios anulables o impugnables, es decir, aquellos negocios realizados por personas incapaces o realizados interviniendo algún vicio del consentimiento; y es claro que la partición realizada por el contador-partidor dativo queda al margen de los supuestos de anulabilidad que establece el Código civil, y su corolario de la «*confirmación*» de los negocios anulables.

Por consiguiente, el sentido de la «*confirmación*» de la partición por parte de los coherederos y legatarios, que exige el artículo 1.057.2.^º del Código civil, debe tener otro sentido. Y para indagar este sentido, es preciso recordar el fundamento que antes se ha dado a esta innovación que introduce el artículo 1.057.2.^º del Código civil, con la figura del contador-partidor dativo. Como se recordará, el artículo 1.059 del Código civil exige el requisito de la unanimidad en la partición practicada por los coherederos, y para obviar de alguna manera este requisito de la unanimidad por los inconvenientes que a veces lleva consigo, se establece en el artículo 1.057 del Código civil la posibilidad de que coherederos y legatarios de parte alícuota que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, puedan obtener el nombramiento de un contador-partidor dativo. El cual puede practicar la partición total de la herencia, con eficacia —pues— incluso para los coherederos y legatarios de parte alícuota que no instaron su nombramiento, o que incluso fueran contrarios a su nombramiento. Y en esta tesitura es de presumir que el legislador creyó conveniente limitar la eficacia de la partición frente a quienes no interesarón el nombramiento de contador-partidor dativo, o incluso también frente a quienes instaron su nombramiento, pero no aprueben después su actuación.

A la vista de este eventual conflicto de intereses, se abre un camino para atribuir un sentido al término «*confirmación*» que aparece en el artículo 1.057.2.^º del Código civil. La partición realizada por

el contador-partidor dativo conforme a las prescripciones legales, es una partición válida. Pero presupuesta su validez, tal partición sólo es eficaz frente a los coherederos y legatarios de parte alícuota, si éstos están de acuerdo con la partición —válida— realizada por el contador-partidor dativo. De lo cual se sigue que esta denominada «confirmación» no es sino un requisito de eficacia de la partición realizada unilateralmente por el contador-partidor dativo, en el sentido de que sólo vincula a los coherederos y legatarios de parte alícuota si están de acuerdo con el cuaderno particional que se les propone. Y, por tanto, esta partición hereditaria practicada por el contador-partidor dativo es un acto unilateral, como si se tratara de una partición realizada por el contador-partidor testamentario, pues la confirmación —o mejor el acuerdo— de los coherederos y legatarios de parte alícuota con respecto al cuaderno particional realizado unilateralmente por el contador-partidor, es algo esencialmente distinto a la partición practicada unánimemente por los coherederos con arreglo al artículo 1.059 del Código civil.

Esta confirmación o acuerdo de los coherederos y legatarios de parte alícuota a la partición realizada unilateralmente por el contador-partidor dativo, exige el artículo 1.057.2.^º del Código civil que será *expresa*. Con este calificativo debe entenderse que el legislador se refiere a cualquier declaración de voluntad, que no tenga otro sentido que el de manifestar el acuerdo con el documento particional redactado por el contador-partidor dativo. Y esta confirmación deberá constar en la escritura de partición o en el acta de protocolización de las operaciones partionales.

Si falta la confirmación expresa por parte de todos los coherederos y legatarios de parte alícuota, la partición —válida— realizada unilateralmente por el contador-partidor dativo, puede ser todavía eficaz, si es aprobada por el Juez, conforme al artículo 1.057.2.^º del Código civil (el mismo requisito de la aprobación judicial aparece en la Ley 345 de la Compilación de Navarra). Los trámites a seguir para obtener esta aprobación judicial serán —con las debidas adaptaciones— los que se señalan en los artículos 1.077 y siguientes de la Ley Procesal civil, relativos a la aprobación judicial de las particiones y liquidaciones de herencia. Y la intervención del Juez, en este caso, no ha de limitarse a una simple homologación de las operaciones partionales realizadas por el contador-partidor dativo, sino que podrá también el organismo jurisdiccional decidir sobre si la partición hereditaria que se somete a su aprobación se ajusta o no a la normativa que la regula, y de no darse este ajuste, podrá —o deberá— el Juez negar su aprobación.

Por lo demás, y en cuanto a la eficacia de la partición realizada por el contador-partidor dativo, se aplicarán aquí las reglas relativas a la eficacia de la partición practicada por el contador-partidor testamentario. Y que pueden compendiarse —con la sentencia de 25 de

abril de 1963— diciendo que esta partición equivale a la hecha por el propio testador, y, por tanto —y salvo notorias extralimitaciones—, debe ser respetada en tanto no lesionen las legítimas. Como se aplicarán también aquí, con las debidas adaptaciones, las reglas generales sobre impugnación de las particiones, con particular referencia a las que se concretan a la impugnación de la partición realizada por el contador-partidor testamentario.

La quiebra del tomador del seguro de daños

Por JUAN CARLOS RIERA BLANCO

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.
Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO.—1. *Introducción.*—1. El artículo 37 de la Ley de Contrato de Seguro.—2. Las técnicas de solución de las legislaciones continentales.—3. Principales diferencias entre la solución legal suiza y la solución española.—4. El problema del fundamento del régimen legal.—4.1. El fundamento de la facultad de denuncia reconocida al «adquirente».—4.2. El fundamento de la facultad de denuncia reconocida al asegurador.—II. *Régimen jurídico.*—1. La declaración de quiebra y el contrato de seguro por cuenta propia.—1.1. Pólizas nominativas.—1.1.1. La subsistencia del contrato.—1.1.2. La facultad de denuncia (anticipada) del contrato.—A) La facultad de denuncia del asegurador.—B) la facultad de denuncia del tomador del seguro.—1.1.3. Denuncia del contrato y reposición del auto de declaración de quiebra.—1.2. Pólizas a la orden o al portador.—2. La declaración de quiebra y el contrato de seguro por cuenta ajena.—2.1. Pólizas nominativas.—2.1.1. La declaración de quiebra del tomador y la denuncia del contrato.—2.1.2. La declaración de quiebra del asegurado y la denuncia del contrato.—2.2. Pólizas a la orden o al portador.—3. El pago de las primas a la entidad aseguradora.

I. INTRODUCCION

1. EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

El artículo 37 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, pretende resolver los problemas que ocasiona la declaración judicial de quiebra «del tomador del seguro o del asegurado», a través de la técnica de la remisión al régimen previsto para los supuestos de transmisión del objeto asegurado (arts. 34 a 36 de la LCS) (1). La deficiente redacción de este artículo, así como la plu-

(1) Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre):

Artículo 37: «Las normas de los artículos 34 a 36 se aplicarán en los casos de muerte, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado.»

Artículo 34: «En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspon-

dan en el contrato de seguro al anterior titular. Se exceptúa el supuesto de pólizas nominativas para riesgos no obligatorios, si en las condiciones generales existe pacto en contrario.

El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato de seguro de la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, también deberá comunicarla por escrito al asegurador o a sus representantes en el plazo de quince días.

Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos.»

Artículo 35: «El asegurador podrá rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión verificada. Ejercitado su derecho y notificado por escrito al adquirente, el asegurador queda obligado durante el plazo de un mes, a partir de la notificación. El asegurador deberá restituir la parte de prima que corresponda a períodos de seguro, por los que, como consecuencia de la rescisión, no haya soportado el riesgo.

El adquirente de cosa asegurada también puede rescindir el contrato si lo comunica por escrito al asegurador en el plazo de quince días, contados desde que conoció la existencia del contrato.

En este caso, el asegurador adquiere el derecho a la prima correspondiente al período que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión.»

Artículo 36: «Las pólizas a la orden o al portador no se pueden rescindir por transmisión del objeto asegurado.»

Anteproyecto de la Ley de Contrato de Seguro (primera versión, de 6 de diciembre de 1969):

Artículo 41: «En caso de quiebra del tomador del seguro o asegurado se aplicarán las normas de los artículos 36 a 40.»

Artículo 36: «En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato del seguro al anterior titular.

Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos.»

Artículo 37: «El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato de seguro que se refiere a la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, estará obligado a comunicarla por escrito al asegurador o a sus representantes, en un plazo de quince días.

Los efectos de la transmisión se producen para el asegurador desde que ha tenido conocimiento del cambio de propietario.»

Artículo 38: «El asegurador podrá rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes al en que tenga conocimiento de la transmisión verificada. Ejercitado su derecho y notificado por escrito al adquirente, el asegurador queda obligado durante el plazo de un mes a partir de la notificación. El asegurador deberá restituir la parte de prima que corresponda a períodos de seguro por los que, como consecuencia de la rescisión, no haya soportado el riesgo.

El adquirente de cosa asegurada también puede rescindir el contrato si lo comunica por escrito en el plazo de quince días contados desde que conoció la existencia del contrato. En este caso, el asegurador adquiere el derecho a las primas correspondientes al período que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión.

Cuando la póliza haya previsto una indemnización a cargo del adquirente que rescinda el seguro, el importe de la misma no podrá exceder del que corresponde a la prima de una anualidad. De este importe se deducirá el importe de las primas a que se refiere el párrafo anterior.»

Artículo 39: «Las pólizas a la orden o al portador no se pueden rescindir por transmisión del objeto asegurado. En este caso cesarán los deberes de notificación previstos por el artículo 37.»

Artículo 40: «En caso de transmisión de un vehículo a motor, la transmisión del contrato se regirá por lo dispuesto especialmente para este caso en el artículo 27 del Reglamento de Seguro Obligatorio.

Tampoco se aplicarán las normas precedentes cuando la modificación de la persona

ralidad de supuestos contemplados por la remisión plantean como problema preliminar el de la determinación de su exacto alcance. La simple lectura del precepto señalado pone de manifiesto la posibilidad de una doble y diferente interpretación.

del asegurado sea de tal carácter que implique la agravación sustancial del riesgo asegurado conforme a lo dispuesto por el artículo 13.»

Anteproyecto de la Ley del Contrato de Seguro (segunda versión, de noviembre de 1970):

Artículo 35: «Las normas de los artículos 32 a 34 se aplicarán en los casos de muerte, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado.»

Artículo 32: «En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular.

El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato de seguro de la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, también deberá comunicarla por escrito al asegurador o a sus representantes, en el plazo de quince días.

Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente o el anterior titular o, en caso de que éste hubiere fallecido, sus herederos.»

Artículo 33: «El asegurador podrá rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes al en que tenga conocimiento de la transmisión verificada. Ejercitado su derecho y notificado por escrito al adquirente, el asegurador queda obligado durante el plazo de un mes a partir de la notificación. El asegurador deberá restituir la parte de prima que corresponda a períodos de seguro por los que, como consecuencia de la rescisión, no haya soportado el riesgo.

El adquirente de cosa segurada también puede rescindir el contrato si lo comunica por escrito en el plazo de quince días, contados desde que conoció la existencia del contrato. En este caso, el asegurador adquiere el derecho a la prima correspondiente al periodo que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión.»

Artículo 34: «Las pólizas a la orden o al portador no se pueden rescindir por transmisión del objeto asegurado. En este caso cesarán los deberes de notificación previstos por el artículo 32.»

Ambos anteproyectos están recogidos en *Coloquios sobre seguros privados*, volumen especial de la «Revista Española de Seguros», Madrid, 1976, pp. 195 y ss.

Proyecto de Ley («B.O.C.G.», serie A, núm. 34-I):

Artículo 36: «Las normas de los artículos 33 a 35 se aplicarán en los casos de muerte, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado.»

Los artículos 33 a 35 del Proyecto coinciden literalmente con la segunda versión del Anteproyecto (arts. 32 a 34).

Enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados al artículo 36 del Proyecto de Ley de Contrato de Seguro: Número 71, del *Grupo Centrista UCD* (primer firmante: diputado Estella Goytre), y la número 148, del *Grupo Minoría Catalana*, ambas con el mismo texto.

Redacción propuesta: «Las normas de los artículos 33 a 35 se aplicarán en los casos de muerte, suspensión de pago, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado.»

Justificación: «Hemos incluido la suspensión de pagos y la quita o espera, puesto que son también procedimientos concursales que afectan decisivamente a la autonomía patrimonial del asegurador o deudor. Por tanto, se considera conveniente aplicarles el mismo régimen jurídico que a la quiebra o concurso de acreedores.»

Informe de la Ponencia relativo al artículo 36 del Proyecto de Ley de Contrato de Seguro («B.O.C.G.», serie A, núm. 34-I): Aceptando las enmiendas números 71 y 148, la Ponencia propone como texto del artículo 36 del Proyecto la redacción hoy vigente en el artículo 37 de la LCS.

Los materiales mencionados (proyecto, enmiendas e informe de la ponencia) pueden encontrarse en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», 2 vols., ed. e introducción de Evelio Verdera y Tuells, Zaragoza, 1982, I, pp. 1319 y ss.

Conforme a la primera, el artículo 37 de la LCS ratificaría la aplicación de los artículos 34 a 36 de la LCS a los supuestos de transmisión del objeto asegurado durante el procedimiento concursal. La única función del precepto sería, pues, delimitar el ámbito normativo de los artículos precedentes, extendiendo su régimen jurídico a aquellos casos en que la transmisión no es voluntaria —así, muerte (y declaración de fallecimiento) «del tomador o del asegurado»— y a aquellos otros en que la transmisión se efectúa durante un procedimiento concursal, liquidatorio o no, con especiales sistemas de cautelas que el ordenamiento jurídico introduce en razón de la concursalidad, transmisiones que en unas ocasiones son independientes de la voluntad del deudor —concursado o quebrado— y en otras requieren la intervención de determinados sujetos para completar la capacidad del transmitente, como acontece en la suspensión de pagos.

Esta «lectura» del artículo 37 de la LCS no resulta fundada. Limitando el análisis al supuesto de quiebra, el intérprete no puede por menos reparar que el artículo 37 de la LCS se refiere únicamente a la declaración judicial, quedando fuera del alcance de esta norma la solución a los problemas de la «transmisión del objeto asegurado» durante el procedimiento concursal. En efecto, el supuesto de «transmisión del objeto asegurado» se regula en el artículo 34 de la LCS, con independencia de que sea voluntario o forzoso, o tenga lugar dentro o fuera de un procedimiento colectivo. La enajenación de un objeto asegurado realizada durante el procedimiento de quiebra —por lo general, durante la fase de liquidación de la masa activa— constituye una de las posibles hipótesis previstas directamente en el artículo 34 de la LCS. De ahí que el artículo 37 de la LCS tenga que referirse necesariamente a otros supuestos diferentes.

En realidad, el artículo 37 de la LCS determina la aplicación de los artículos 34 a 36 de la LCS a los casos de apertura de un procedimiento concursal, y, entre ellos, a la declaración judicial de quiebra «del tomador del seguro o del asegurado»: para que proceda la aplicación de los artículos 34 a 36 de la LCS no es necesario que haya transmisión del objeto asegurado. El propio artículo 37 de la LCS remite al régimen jurídico establecido por esas normas siempre que se esté ante el hecho objetivo de la declaración judicial de quiebra (2).

Tres argumentos principales se pueden utilizar para el fundamento de esta interpretación: en primer lugar, un argumento literal. El artículo 37 de la LCS contiene una remisión expresa al régimen jurídico

(2) De forma implícita se encuentra esta interpretación en SÁNCHEZ CALERO, F., en SÁNCHEZ CALERO Y TIRADO SUÁREZ: «Comentarios al Código de comercio y Legislación mercantil especial», XXIV-1.^º, arts. 1 a 44, Madrid, 1984, pp. 479 y ss., y SACRISTÁN REPRESA, M.: *Incidencia del concurso del asegurado o el tomador del seguro en este contrato, según la Ley de 8 de octubre de 1980*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», 2 vols., Zaragoza, 1982, I, pp. 629 a 664, *passim*. Vid. también, en este sentido, VICENT CHULIA, F.: «Compendio crítico de Derecho mercantil», II, Valencia, 1986, 2.^a ed., p. 506.

de la transmisión (arts. 34 a 36 de la LCS) para resolver los problemas que se originan «en los casos de (...) quiebra (...) del tomador del seguro o del asegurado». La resolución judicial por la que se abre el procedimiento concursal no es sólo elemento necesario, sino también suficiente. No es preciso que se produzca, además, la «transmisión del objeto asegurado».

En segundo lugar, un argumento histórico. El artículo 401 del Código de comercio de 1885, comprendido en el hoy derogado Título VIII del libro II, artículo que constituye el precedente inmediato del actual artículo 37 de la LCS, a pesar de presentar algunas diferencias, regulaba los efectos de «la venta o traspaso de los efectos» y de la «muerte, o liquidación o quiebra del asegurado», distinguiendo según que el «objeto asegurado» en el contrato de seguro de incendios fuera «mueble o inmueble» (3). El artículo 401 del Código de comercio sometía al mismo régimen los casos de transmisión y los casos de (muerte, liquidación o) quiebra (4), y esta comunidad de disciplina se mantiene en el Derecho vigente.

En fin, un argumento de Derecho comparado. El artículo 37 de la Ley española acusa una gran deuda con el artículo 55 de la Ley federal suiza, de 2 de abril de 1908, sobre el Contrato de Seguro. El artículo 55 de la Ley suiza —que, como es sabido, ha tenido en muchas materias una influencia notable sobre la Ley española— establece que en el supuesto de quiebra del contratante del seguro la masa se subroga en el contrato, aplicándose, en este caso, el régimen relativo al cambio de propietario, es decir, a la transmisión del objeto

(3) *Artículo 401 del Código de comercio*: «Por muerte, liquidación o quiebra del asegurado, y venta o traspaso de los efectos, no se anulará el seguro, si fuera inmueble el objeto asegurado.

Por muerte, liquidación o quiebra del asegurado, y venta o traspaso de los efectos, si el objeto asegurado fuere mueble, fábrica o tienda, el asegurador podrá rescindir el contrato.

En caso de rescisión, el asegurador deberá hacerlo saber al asegurado o a sus representantes en el plazo improrrogable de quince días..»

Sobre este artículo, vid. GARRIGUES J.: «Contrato de seguro terrestre», Madrid, 1983, 2.^a ed., p. 141; VERGEZ SÁNCHEZ, M.: *La continuación del contrato de seguro por transmisión de las cosas aseguradas (significado y fundamento)*, en «Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uriá», Madrid, 1978, pp. 827 a 852, p. 850; BENÍTEZ DE LUGO, R.: «Tratado de seguros», 2 tomos, Madrid, 1955, I, n. 172, p. 384, II, n. 264, pp. 154 y ss.

En síntesis, el artículo 401 del Código de comercio distinguía si se trataba de un bien inmueble o de un «mueble, fábrica o tienda». Sólo en el segundo caso podría el asegurador denunciar el contrato. La Exposición de Motivos del Código razonaba este diferente tratamiento: «Importa, por consiguiente, al asegurador conocer las vicisitudes personales del asegurado, lo cual se consigue imponiendo a éste o a sus herederos las obligaciones de poner en conocimiento de aquél el fallecimiento, liquidación o quiebra que sobrevenga al mismo asegurado, y la venta o traspaso de las cosas aseguradas, cuando sean muebles, tiendas o fábricas, cuyos accidentes autoriza, además, al asegurador para pedir la rescisión del contrato (Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 18 de marzo de 1882, incorporada después al Código vigente).

(4) Vid. BENÍTEZ DE LUGO: «Tratado de seguros», I, cit., n. 172, p. 383.

asegurado (art. 54). En este último precepto se prevé la continuación del contrato entre el adquirente y el asegurador, estableciéndose la facultad de denunciar el contrato, dentro de ciertos límites, tanto por el adquirente como por el asegurador. En el Derecho suizo, al igual que en la Ley española, los efectos de la declaración judicial de quiebra del contratante sobre el contrato de seguro de cosas se regulan a través de la técnica de remisión al régimen de transmisión del objeto asegurado (5).

Así, pues, los artículos 34 a 36 de la LCS ofrecen el régimen jurídico aplicable, en primer lugar, al supuesto de transmisión del objeto asegurado, al margen de que ésta tenga lugar dentro o fuera del procedimiento de quiebra, y, en segundo lugar, al supuesto de declaración judicial de quiebra «del tomador del seguro o del asegurado». Existe un único régimen jurídico para resolver problemas diferentes. Esta unidad explica que el mismo régimen sea aplicable a los efectos de la declaración judicial de quiebra sobre el contrato de seguro de daños y a los efectos de la «transmisión del objeto asegurado» durante el mismo procedimiento. Así, cuando la quiebra finaliza con liquidación de la masa activa, como es normal, o cuando por las propias exigencias del procedimiento se produce durante la quiebra la «transmisión del objeto asegurado», la entidad aseguradora, por aplicación del artículo 37 de la LCS, está legitimada para ejercitar en dos momentos sucesivos el derecho a denunciar el contrato.

2. LAS TÉCNICAS DE SOLUCIÓN DE LAS LEGISLACIONES CONTINENTALES

En cuanto a la técnica de regulación, solamente en los casos de quiebra del contratante remite la legislación suiza al régimen jurídico de la transmisión del objeto asegurado. En el resto de los ordena-

(5) Ley federal suiza sobre el contrato de seguro (*Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, de 2 de abril de 1908):

Artículo 55.1: «En el caso de quiebra del contratante la masa se subroga en el contrato. Se aplican a este caso las disposiciones relativas al cambio de propietario (art. 54).»

Artículo 54: «Si el objeto asegurado cambia de propietario los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro pasan al adquirente.

Por la prima vencida en el momento de la transmisión responde frente al asegurador, además del adquirente, también el anterior propietario.

El asegurador tiene derecho a denunciar el contrato dentro de los catorce días desde cuando tuviese conocimiento de la transmisión. Su responsabilidad cesa cuatro semanas después de que haya notificado por escrito su denuncia al adquirente. El asegurador debe restituir al adquirente la prima correspondiente al tiempo de seguro no transcurrido.

El contrato de seguro no pasa al adquirente:

1.º Si tal transmisión tiene por efecto un agravamiento esencial del riesgo (artículos 28 y ss) con tal que el asegurador haya, dentro de los catorce días desde cuando tuviese conocimiento de la transmisión, denunciado por escrito el contrato.

2.º Si dentro de los catorce días del verificado cambio de propietario el adquirente notifica por escrito al asegurador que rechaza la transmisión del seguro.»

mientos jurídicos continentales más representativos existen normas específicas que regulan dichos supuestos.

Por lo que se refiere al contenido de las diferentes legislaciones, cabe señalar, con carácter general, que la quiebra del contratante no es causa legal del extinción del contrato de seguro. Este principio viene recogido normativamente de diversas formas: en unas legislaciones se reconoce a la entidad aseguradora y a los órganos de administración de la masa la facultad de denunciar el contrato; en otras se autoriza a la entidad que se reserve en el contrato dicha facultad. En realidad, sin embargo, los modelos legislativos continentales son diferentes, pudiendo distinguirse los siguientes cuatro sistemas básicos:

a) Sistema de la continuación del contrato, salvo ejercicio de la facultad de denuncia por el asegurador o por los síndicos. En los ordenamientos francés y suizo, la relación asegurativa no se extingue automáticamente con la declaración judicial de quiebra, sino que continúa con la masa, la cual vendrá obligada a satisfacer al asegurador las primas vencidas después de la declaración de quiebra. No obstante, ambas legislaciones confieren tanto al asegurador como a la masa la facultad de denunciar el contrato dentro del plazo legalmente previsto (6).

(6) Código de seguros (*Code des assurances*, modificado por la Ley de 7 de enero de 1981):

Artículo L. 113-6-I, modificado por la Ley de 25 de enero de 1985, relativa al *redressement y la liquidación judicial de la empresa*, que en su artículo 221.I da a este artículo la siguiente redacción:

«El seguro subsiste en caso de *redressement* judicial del asegurado. El administrador, el deudor autorizado por el Juez-comisario o el liquidador, según los casos, y el asegurador conservan, sin embargo, el derecho de rescindir el contrato durante un plazo de tres meses a partir de esta fecha. La parte de la prima correspondiente al tiempo durante el cual el asegurador no cubre ya el riesgo será restituída el deudor.»

Téngase en cuenta que el artículo L. 113-6-I no es aplicable a los supuestos de *règlement amiiable*, regulados por la Ley de 1 de marzo de 1984, relativa a la *prevención y al règlement amiiable de las empresas en dificultad*, sino sólo cuando con arreglo a la Ley de 25 de enero de 1985 se dicta sentencia de *redressement judiciaire* (arts. 3 y ss.), cuyo presupuesto objetivo está constituido por la *cesación de pagos* (art. 4-III), que viene definida en el artículo 3.^º como la «imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible». La Ley de 25 de enero de 1985 ha sido estudiada por BISBAL, J.: *El nuevo derecho concursal francés*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», V, 1985, pp. 593 a 659; BELTRÁN, E.: *El nuevo derecho concursal francés (la Ley de 25 de enero de 1985 relativa al «redressement y la liquidación judicial de la empresa*), en «La Ley», VI, 1985, n. 1204, pp. 1 a 3.

Originariamente, en el Derecho francés la quiebra del asegurado se reguló en la Ley de 13 de julio de 1930, sobre el Contrato de seguro (art. 18), que pasó al Código de seguros (art. L. 113-6-I) conservando su tenor original, excepto las modificaciones formales impuestas por la adaptación sucesiva del supuesto objetivo de la norma comentada al nuevo derecho concursal: «*En cas de liquidation de biens ou de règlement judiciaire de l'assuré...*» (Ley de 13 de julio de 1967 y Decreto de 22 de diciembre de 1967 sobre *règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle*); «... *en cas de redressement judiciaire de l'assuré...*» (Ley de 25 de enero de 1985, relativa al *redressement judiciaire* y a la liquidación judicial de la empresa); y, lógicamente, en la nueva redacción del artículo L. 113-6-I también hubo que proceder, con arreglo al nuevo derecho concursal, a revisar las facultades de denuncia: antes de la

b) Sistema de la continuación del contrato, salvo pacto en contrario por el que el asegurador se reserve la facultad de denunciar el contrato o salvo denuncia de los órganos de administración y representación de la quiebra. La Ley de Contrato de Seguro alemana permite al asegurador reservarse en la póliza la facultad de denunciar el contrato cuando se abra el procedimiento de concurso (*Konkursverfahren*) o de convenio (*Vergleichsverfahren*) del tomador (7). En estos casos no se produce la extinción automática de la relación asegurativa (8). La extinción puede producirse por denuncia del asegurador, que sólo será posible cuando una cláusula contenida en la póliza le reconozca expresamente esta facultad en los supuestos de concurso del tomador, o por denuncia del administrador del concurso (9).

reforma de 25 de enero de 1985 reconocidas a favor del asegurador o de la masa (art. 18 de la Ley de Seguros y L. 13-6-I del Código), después de esta reforma a favor del asegurador, administrador, deudor autorizado por el Juez-comisario o liquidador; de todas formas, ambas redacciones coinciden sustancialmente: parte *in bonis*, asegurador, por un lado, y la parte deudora, por otro.

Sobre el artículo L. 113-6-I del Código de seguros (antiguo artículo 18 de la Ley de Seguros), vid. ANCEY, C., y SICOT, L.: «La Loi sur le contrat d'assurance (Loi du 13 de juillet 1930)», París, 1930, pp. 72 y ss; CAPITANT, H.: *La Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance* (extracto de la «Revue Générale des Assurances Terrestres», 1930), París, 1930, pp.26 y ss; MARGEAT, H., y FAVRE-ROCHEX, A.: «Precis de la Loi sur le contrat d'assurance et commentaire sur la réglementation de l'assurance automobile obligatoire», París, 1971, 5.^a ed., n. 181 y 182, pp. 146 y ss.; BRIERE DE L'ISLE, G.: «Droit des assurances», París, 1973, pp. 154 y ss.; JACOB, N.: «Les assurances», París, 1979, 2.^a ed., n. 169, pp. 166 y ss.; BESSON, A.: «Le contrat d'assurance», París, 1982, 5.^a ed., n. 259 a 264, pp. 400 y ss.; AYNÈS, L.: «La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes», París, 1984, n. 211 y 212, pp. 153 y ss.

En relación al Derecho suizo, vid. *supra* nota 5 e *infra* nota 16.

(7) Establece el parágrafo 14.I de la Ley alemana sobre el contrato de seguro (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*, de 30 de mayo de 1908):

«El asegurador puede reservarse en caso de apertura del concurso o del procedimiento de convenio sobre el patrimonio del tomador del seguro, la facultad de denunciar el contrato de seguro en el plazo de un mes.»

Esta redacción del parágrafo 14.I fue fruto de la modificación introducida por la VO de 19 de diciembre de 1939, que, entre otras innovaciones, amplió los supuestos de aplicación de esta norma, incluyendo, además del concurso (*Konkursordnung*, de 10 de febrero de 1877), ya comprendido en la redacción original, el convenio (*Vergleichsordnung*, de 26 de febrero de 1935).

(8) Vid. por todos, BRUCK, E., y MÖLLER, H.: «Kommentar zum Versicherungsviertragsgesetz», I, Berlín, 1961, 8.^a ed., pp. 290 a 297; PRÖLSS, E. R.; MARTIN, A., y PRÖLSS, J.: «Versicherungsvertragsgesetz», München, 1977, 21.^a ed., pp. 140 a 144; EHRENZWEIG, A.: «Deutsches (österreichisches) Versicherungsvertragsgesetz», Wien, 1952, p. 127.

(9) El derecho del administrador concursal a denunciar el contrato se deduce a contrario sensu del parágrafo 17 de la Ley de concursos alemana (*Konkursordnung*):

«Si en el momento de la apertura del concurso un contrato bilateral no hubiera sido ejecutado ni por el deudor común ni por la otra parte contratante, o bien no hubiera sido íntegramente ejecutado, el administrador del concurso podrá ejecutar el contrato en el puesto del deudor y exigir su cumplimiento a la contraparte.

Aun cuando no haya vencido el plazo para la ejecución, el administrador del concurso deberá declarar, a petición de la otra parte y oportunamente, si quiere la ejecución. Si esa declaración no se produjera, no puede solicitar la ejecución del contrato.»

c) Sistema de la continuación del contrato, salvo pacto en contrario o agravación del riesgo. En el Derecho italiano, la quiebra del asegurado no supone la extinción de la relación asegurativa, a no ser que las partes hayan pactado lo contrario o que la quiebra comporte un *aggravamento del rischio*, en cuyo caso procede la aplicación del régimen general del artículo 1.898 del *Codice civile*: el asegurador podrá denunciar el contrato (10).

d) Sistema de la continuación del contrato, salvo en el caso de resolución por el asegurador si la masa no garantiza el pago de las primas. En el Derecho belga, la quiebra del asegurado no conlleva la disolución de la relación asegurativa: solamente permite al asegurador rescindir el contrato cuando la garantía del pago de las primas por éste exigida no es prestada oportunamente por la masa (11).

Sobre este párrafo, vid. JAEGER, E.: «*Konkursordnung*», I, Berlin, 1958, 8.^a ed., pp. 253 a 300; MENTZEL, F., y KUHN, G.: «*Konkursordnung*», München, 1976, 8.^a ed., pp. 145 a 163; BÖHLE-STAMSCHRÄDER, A.: «*Konkursordnung*», München, 1969, 9.^a ed., pp. 91 a 100; PAGENSTECHER, M., y GRIMM, M.: «*Der Konkurs*», München, 1968, 4.^a ed., n. 14, pp. 47 y ss. (la 3.^a ed. ha sido traducida al italiano: PAGENSTECHER: «*Il fallimento*», Milano, 1968, n. 14, pp. 53 y ss.).

El carácter inderogable de las normas de la *KO* impide la eficacia de los pactos de exclusión o limitación de la facultad de denuncia del administrador del concurso (cfr. EHRENZWEIG, ob., cit., p. 128).

(10) Ley de quiebras italiana (*Legge fallimentare-Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, R.D. 16 marzo 1942, n. 267):

Artículo 82: «La quiebra del asegurador no extinguirá el contrato de seguro de daños, salvo pacto en contrario y salvo lo dispuesto en el artículo 1.898 del Código civil si de aquélla se derivase una agravación del riesgo.

Si el contrato continuase, el crédito del asegurador por las primas no pagadas deberá ser satisfecho íntegramente, aun cuando el vencimiento de la prima fuera anterior a la declaración de quiebra.»

Código civil (*Codice civile*, R.D. 16 de marzo de 1942, n. 262):

Artículo 1.898: «El contratante estará obligado a dar inmediatamente aviso al asegurador de los cambios que agraven el riesgo, de tal modo que, si el nuevo estado de cosas hubiese existido y hubiese sido conocido por el asegurador en el momento de la conclusión del contrato, el asegurador no habría consentido el seguro o lo habría consentido con una prima más elevada.

El asegurador podrá denunciar el contrato, comunicándolo por escrito al asegurado dentro de un mes desde el día en el cual hubiera recibido el aviso o hubiera tenido de otro modo conocimiento de la agravación del riesgo.

La denuncia del asegurador producirá efecto inmediato si la agravación del riesgo fuera tal que el asegurador no hubiese consentido el seguro: tendrá efectos pasados quince días si la agravación del riesgo fuera tal que por el seguro se hubiese pedido una prima mayor.

Correspondrán al asegurador las primas relativas al período de seguro en curso en el momento en el cual es comunicada la declaración de denuncia.»

Sobre el artículo 82 de la *Legge fallimentare*, vid. MAFFEI, A.: «Commentario breve alla Legge fallimentare», Padova, 1981, pp. 171 y ss. (con importantes referencias de jurisprudencia y doctrina); TEDESCHI, G. U.: *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, en «Commentario Scioljo Branca. Legge fallimentare», Bologna-Roma, 1979, pp. 400 a 475; ID., «Assicurazione e fallimento», Padova, 1969; DE MARTINO, V., y otros: «Commentario teórico-práctico alle legge fallimentare», artículos 69-103, Roma, 1971, pp. 247 a 261.

(11) Ley de Seguros belga (*Loi sur les assurances*, de 11 de junio de 1874. Contiene los Títulos X y XI del libro I del *Code de commerce*):

3. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA SOLUCION LEGAL SUIZA Y LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA

Las soluciones suiza y española son sustancialmente coincidentes. Existen, no obstante, algunas diferencias que conviene poner de relieve para facilitar la concreción de los límites del artículo 37 de la LCS. La diferencia fundamental radica en los supuestos de aplicación de la norma de remisión suiza (art. 55.I) y española (art. 37). El artículo 55.I de la Ley suiza solamente prevé el supuesto de quiebra del contratante (12), sin incluir el convenio preventivo (13), procedimiento «equivalente» al español de suspensión de pagos (14); en cambio, la norma española contempla todos los procedimientos concursales, en-

Artículo 29: «Si el asegurador quiebra cuando el riesgo todavía no ha finalizado, el asegurado podrá exigir garantía o, en defecto de garantía, la rescisión del contrato.

El asegurador tiene el mismo derecho en caso de quiebra del asegurado.»

En general, sobre este artículo, vid. MUSCHART, R.: «Commentaire de la Loi du 11 juin 1874 sur les assurances», Bruxelles-París, 1932, pp. 161 y ss.; CLOQUET, A.: *Les concordats et la faillite*, en «Les nouvelles, Droit commercial», IV, Bruxelles, 1975, 10.^a ed., n. 1480 a 1482, pp. 422 y ss.; FEYEAERTS, F., y ERNAULT, J.: *Traité général des assurances terrestres*, en «Les Nouvelles, Droit commercial», V, «Les assurances», I, Bruxelles, 1966, n. 543 a 545, pp. 121 y s., n. 1117 a 1122, pp. 232 y ss.; VAN RYN, J., y HEENEN, J.: «Principes de droit commercial», IV, Bruxelles, 1965, p. 55; FONTAINE, M.: «Droit des assurances», Bruxelles, 1975, n. 24, pp. 98 y ss.; y en particular, DE SMET, R.: «Traité théorique et pratique des assurances maritimes», I, París, 1959, n. 11, pp. 47 y ss.; VANDEPUTTE, R.: «Manuel des assurances et du droit des assurances», Bruxelles, 1962, p. 123. Especialmente trata también este tema FEYEAERTS y ERNAULT: *ob. cit.*, n. 545, p. 122.

(12) En la nota 5 (*supra*) se transcribe el artículo 55.I.

Es importante destacar la coincidencia existente entre los supuestos de aplicación de la norma de remisión contenida en la primera versión del Anteproyecto de la Ley de Contrato de seguro (art. 41: «En caso de quiebra del tomador...») y el tenor del artículo 55.I de la Ley suiza (... «En caso de quiebra del...»).

(13) El derecho concursal suizo contiene en la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, de 11 de abril de 1889, diferentes procedimientos colectivos de liquidación y de *renflouement* de empresas:

— Un procedimiento de *renflouement*: el convenio preventivo (*Concordat ordinaire*, arts. 293 a 316).

— Tres procedimientos de liquidación: la quiebra (*De la poursuite par voie de faillite*, arts. 159 a 270); el convenio por abandono del activo (*Du concordat par abandon d'actif*, arts. 316^a a 316^c); el convenio durante el procedimiento de quiebra (*Du concordat dans la procédure de faillite*, art. 317).

Vid, por todos, FAVRE, A.: «Droit des poursuites», Fribourg, 1967, 2.^a ed.; HIRSCH, M. A., y HAISSLY, M. B., en «Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé», París, 1976, pp. 841 a 946, en especial pp. 849 a 857.

(14) Existen, no obstante, algunas diferencias fundamentales entre ambos procedimientos. Así, por ejemplo, según la Ley suiza de quiebras, el convenio preventivo es aplicable a todos los deudores (art. 293), sean comerciantes o no (cfr. FAVRE: «Droit des poursuites», *cit.*, pp. 399 y ss.; HIRSCH y HAISSLY: «Les procédures», *cit.*, p. 850); mientras que la suspensión de pagos es el procedimiento específico para comerciantes y la quita y espera que no comerciantes (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922; vid, al respecto SOTILLO, A.: *Los presupuestos de la suspensión de pagos*, en «Revista General de Derecho», XX, 1963, pp. 833 a 837, pp. 834 y s.; TORRES DE CRUELLS, J.: «La suspensión de pagos», Barcelona, 1957, pp. 21 y ss.; SAGRERA TIZÓN, J.: «Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos», 3 tomos, Barcelona, 1974, I, n. 51, pp. 176 y ss.).

tre ellos los específicos de los comerciantes, suspensión de pagos y quiebra (15).

También existen diferencias en torno al presupuesto subjetivo de aplicación de la norma de remisión, concretamente en lo que respecta a la contratación por cuenta ajena, caracterizada por la disociación existente entre la titularidad del contrato (tomador) y la titularidad del interés (asegurado). La Ley suiza, aunque faculta al tomador a contratar por cuenta propia o por cuenta ajena (arts. 16 y 17), alude únicamente en la norma de remisión a la quiebra del *Versicherungsnnehmer* (16), concepto que en nuestro Derecho equivale a contratante.

(15) La primera versión del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 6 de diciembre de 1969, se refería exclusivamente a la «quiebra del tomador del seguro o asegurado» (art. 41); posteriormente, en la segunda versión de este texto, de 14 de noviembre de 1970, se introdujeron los supuestos «de muerte» y «concurso del tomador del seguro o del asegurado» (art. 35); por último, la redacción actual se debe a dos enmiendas parlamentarias que añadieron los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos (vid. *supra* nota 1).

Las peculiaridades del derecho concursal español influyen, naturalmente, en el ámbito objetivo del régimen de los artículos 34 a 36 de la LCS: la remisión prevista en los supuestos de «muerte, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurador» (art. 37 de la LCS) al régimen de la transmisión (arts. 34 a 36 de la LCS) plantea la triple posibilidad de aplicar sucesivamente este régimen cuando después de la admisión a trámite (o de la posterior declaración judicial) de suspensión de pagos se dicta auto de declaración judicial de quiebra (consecutiva) y durante la fase de liquidación se procede a la enajenación del objeto asegurado.

Como es sabido, en el Código de comercio de 1885 la declaración de suspensión de pagos era automática: presentada la solicitud de suspensión de pagos el Juez la declaraba automáticamente (art. 870, reformado por la Ley de 10 de junio de 1897, y derogado por la LSP). Sobre la Ley de reforma del artículo citado, vid. JORRO MIRANDA, J.: «La suspensión de pagos», Valencia, 1902, pp. 147 y ss.). Con la LSP, hay que distinguir entre la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos (art. 4.I) y la declaración de suspensión de pagos (art. 8.V); se introduce así el sistema de declaración diferida, conectándose la mayoría de los efectos a la admisión a trámite: cfr. TORRES DE CRUELLS: «La suspensión de pagos», cit., n. 60 a 62, pp. 313 y ss.; SAGRERA TIZÓN: «Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos», I, cit., n. 104, pp. 341 y ss.; ORTIZ NAVACERRADA, S.: *El proceso de suspensión de pagos: resolución inicial y sus efectos*, en «Pretor», 1972, pp. 645 a 706; pp. 676 y ss., y pp. 691 y ss.

Sobre la quiebra (consecutiva), vid. art. 17.IV de la LSP. En el Derecho alemán sobre el concepto de *Anschlusskonkurs*, vid. BAUR, F.: «Konkurs-und Vergleichsrecht», Heidelberg-Karlsruhe, 1979, n. 25, p. 188. En el Derecho italiano sobre el concepto de *fallimento consecutivo*, vid. CANDIANA: *Fallimento consecutivo al concordato preventivo*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1936, I, pp. 608 a 618; DE MARCO: «La consecuzione dei procedimenti concursali», Milano, 1954; APIENZA C.: «Conversione e consecuzione dei procedimenti concursali», Milano, 1958. La *Legge Fallimentare* prevé varios supuestos de declaración de quiebra durante el procedimiento de *concordato preventivo*: arts. 162.II, 173 y 186.IV, en relación con el 187 (sobre este punto, vid. PROVINCIALI, R.: «Manuale di diritto fallimentare», I, Milano, 1969, 5.^a ed., n. 164, pp. 392 y ss.). En el Derecho español sobre la quiebra consecutiva, vid., por todos, TORRES DE CRUELLS: «La suspensión de pagos», cit., n. 99 y 100, pp. 551 y ss.; SAGRERA TIZÓN: «Comentario a la Ley de Suspensión de Pagos», III, cit., n. 326 a 328, pp. 153 y ss., y, muy especialmente, BELTRÁN E.: «Las deudas de la masa», Bolonia, 1986, pp. 263 y 272 y ss..

16) En la doctrina suiza vid. JAEGER, C.: «Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag von 2 april 1908», Bern, 1932, II, pp. 175 a 188; KOENIG, W.: «Droit des assurances», Zurich, 1962, p. 84.

te o, por utilizar la terminología de la LCS, tomador del seguro, sin referirse al supuesto de quiebra del asegurado (seguro por cuenta ajena); en cambio, la norma de remisión española se refiere a la «quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado».

4. EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN LEGAL

El artículo 37 de la LCS, por vía de remisión, aplica a los casos «de muerte, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado» un régimen jurídico pensado para la transmisión del objeto asegurado, cuyas características más importantes son la continuación o subsistencia del contrato de seguro entre el asegurador y el «adquirente», y la facultad de denunciar el contrato que se reconoce a éstos. La remisión del artículo 37 de la LCS parece fundamentarse en el paralelismo de intereses existente, a juicio del legislador, entre (la muerte y) los supuestos concursales y los de transmisión del objeto o cosa asegurada.

Ahora bien, para aceptar técnicamente la aplicación de un único régimen jurídico (en este caso el de la transmisión del objeto o cosa asegurada) a esa pluralidad de supuestos es necesario previamente demostrar la existencia de un mismo interés jurídicamente relevante en todos ellos. Sin embargo, resultará muy forzado encontrar este interés, ya que el legislador español, sin preocuparse de buscar una fundamentación adecuada a la norma legal, ha incorporado acriticamente la solución suiza y ha ampliado el ámbito de aplicación de esta solución, lo cual no facilita la labor del intérprete.

4.1. El fundamento de la facultad del «adquirente» de denunciar el contrato

En los seguros por cuenta propia, con la transmisión del objeto o cosa asegurada se produce la cesión *ex lege* del contrato de seguro. El nuevo titular adquiere automáticamente la condición de asegurado, afectando además esta transmisión del objeto o cosa asegurada a uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, concretamente al interés asegurado: no cambia la relación económica existente entre la persona y el objeto o cosa asegurada, sino que cambia la persona relacionada económicamente con ese objeto o cosa asegurada, siendo a partir de la transmisión el adquirente el nuevo titular de ese interés asegurado, y, por consiguiente, en la mayoría de los casos, también cambia el grado de utilidad que tiene ese interés para el nuevo titular, es decir, cambia el valor del interés (17).

(17) Sobre el valor del interés, vid., por todos, DONATI, A.: «Trattato del diritto delle assicurazioni private», Milano, 1954, 3 vols., II, n. 386 y ss., pp. 24 y ss.

La transmisión del objeto o cosa asegurada conlleva la subrogación del «adquirente» en los derechos y obligaciones del «anterior titular», apareciendo así en este supuesto un interés digno de tutela: la necesidad de consentimiento para contraer obligaciones contractuales. Nada justificaría que al asegurador y al adquirente se les impusiesen obligaciones propias de una relación contractual por ellos no consentida táctica o expresamente (18). La defensa de este interés, protegido con carácter general por el ordenamiento jurídico (19), explica que, producida la transmisión del objeto o cosa asegurada, asegurador y adquirente tengan reconocida la facultad de denunciar el contrato. Otro tanto ocurrirá en el supuesto de muerte, pero no en el resto de los supuestos contemplados en la norma de remisión (supuestos concursales), en los cuales la facultad de denunciar no se fundamenta en la defensa del interés anteriormente mencionado, ya que el quebrado, el suspenso, etc., continúa conservando la titularidad del contrato, y, por tanto, de los derechos y obligaciones que de él se derivan. En efecto, en el caso de la declaración judicial de quiebra, constituiría un error «identificar» la inhabilitación y el desapoderamiento del quebrado a la transmisión del objeto o cosa asegurado (20). El asegurado quebrado continúa conservando durante el procedimiento de quiebra la titularidad del objeto o cosa asegurada, del contrato y del interés asegurado, si bien al estar inhabilitado corresponderá a los órganos de la quiebra ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de los contratos que haya celebrado en fecha anterior a la declaración judicial (21), entre los que, obviamente, se encontrarán

(18) La naturaleza del seguro es típicamente contractual: no existe dependencia real del seguro respecto de la cosa asegurada (vid. VERGEZ SÁNCHEZ: «La continuación del contrato del seguro», *cit.*, pp. 835 y ss. y nota 18).

(19) BENÍTEZ DE LUGO («Tratado de seguros», I, *cit.*, n. 172, p. 384) eleva a «requisito fundamental el consentimiento del asegurador para que esta cesión o transmisión se produzca». Su argumentación se sustentaba fundamentalmente en los artículos 1.091 y 1.257 del Código civil. Vid. los comentarios a estos artículos en MUCIUS SCAEVOLA, Q.: «Código civil», XX, arts. 1.214 a 1.314, Madrid, 1958, 2.^a ed., art. 1.257, pp. 607 a 633; MANRESA y NAVARRO, J. M.: «Comentarios al Código civil español», VIII, 2 vols., Madrid, 1967, I, art. 1.091, pp. 65 a 74, II, art. 1.257, pp. 420 a 434.

Para un estudio de la eficacia del contrato entre las partes y respecto de tercero, vid. GOUTAL, J. L.: «Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat», París, 1981.

(20) En relación a la declaración de quiebra y sus efectos sobre la persona (inhabilitación) y patrimonio del quebrado (desapoderamiento), vid. POLO, A., y BALLBE, M.: «La quiebra de "Barcelona Traction"», Barcelona, 1951, pp. 369 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, A.: «Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."», Madrid, 1953, pp. 294 y ss.; RAMÍREZ, J. A.: «Derecho concursal español. La quiebra», 2 tomos, Barcelona, 1959, II, n. 178 a 182, pp. 16 y ss., n. 197 a 203, pp. 96 y ss.; RUBIO, J.: «Introducción al Derecho mercantil», Barcelona, 1969, pp. 563 y ss. Vid. también en la doctrina italiana las teorías que intentan justificar al artículo 82 de la *Legge fallimentare*: GENOVESE, A.: «Alienazione delle cose assicurate», Padova, 1962, pp. 125 y ss.

(21) Cfr., por todos, POLO y BALLBE, *ob. cit.*, p. 366: «La sustitución del poder de ejercicio en favor de los órganos de la quiebra no comporta mengua del contenido de los derechos del quebrado...» En el derecho español «no ofrece duda alguna que

los contratos de seguro vigentes en el momento de la declaración, respecto de los cuales el quebrado conservará la titularidad hasta su extinción, que podría anticiparse por denuncia del asegurador o de los órganos de administración o representación de la quiebra del asegurado. Lo mismo sucederá con el suspenso, ya que éste no sólo conserva la titularidad del objeto o cosa asegurada y la titularidad del contrato y del interés asegurado, sino que ni siquiera pierde la posesión o las facultades de administración y disposición de sus bienes —como ocurre con el concursado y el quebrado—, aunque éstas sufran restricciones a consecuencia de las limitaciones impuestas a su capacidad, y con mayor evidencia también sucederá con el asegurado en quita y espera, dado que el deudor que se acoge a este procedimiento ni tan siquiera sufre restricción alguna en su capacidad (22).

En la norma de remisión la transmisión del objeto o cosa asegurada y los consiguientes cambios del titular del contrato y del titular del interés asegurado sólo se producen en uno de los supuestos contemplados: con la muerte del asegurado se transmite el objeto o cosa asegurada al heredero, el cual se convierte en virtud de esta transmisión en titular del interés asegurado y en titular del contrato, al subrogarse, según el artículo 34.I de la LCS, en los derechos y obligaciones que correspondan en el contrato de seguro al anterior titular. En los demás supuestos (concuriales) —declaración de quita y espera, concurso, suspensión de pagos y quiebra— no existe transmisión del objeto o cosa asegurada, y, por tanto, tampoco cambia el asegurado ni el titular del interés asegurado, aunque sí cambian las circunstancias de este titular y por ende las circunstancias del propio interés.

Si bien es cierto que la relación económica existente entre el sujeto y el objeto o cosa asegurada no sufre variación alguna como consecuencia de la transmisión del objeto o cosa asegurada, de la muerte, de la declaración de quiebra, etc., también lo es que estas situaciones afectan al valor del interés asegurado. El grado de utilidad que un objeto o cosa asegurada representa para el titular del interés (valor del interés) no es referible al objeto o cosa asegurada en sí, sino al

la declaración de quiebra *deja intacto el contenido de los derechos del deudor*. La declaración de quiebra no significa ni comporta una extinción de los mismos»; GARCÍA VALDECASAS: *ob. cit.*, p. 302.

(22) Respecto a la suspensión de pago, vid. TORRES DE CRUELLS: *ob. cit.*, n. 38 a 40, pp. 201 y ss.; SAGRERA TIZÓN: «Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos», I, *cit.*, n. 125 a 137, pp. 417 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», XIII, Barcelona, 1967, pp. 501 a 508 (también publicado en sus «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1969, pp. 657 a 670); FERRER MARTÍN, D.: *La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos*, en «Revista de Derecho Procesal», 1961, pp. 79 a 104. Respecto al beneficio de quita y espera, vid., por todos, PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.: «Derecho concursal. Procedimiento sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares», Madrid, 1986, 2.ª ed., pp. 125 y ss.

objeto o cosa asegurada en función del sujeto, esto es, al interés, por lo cual necesariamente para el adquirente y el heredero el valor de ese interés será diferente al que tenía para el transmitente o para el causante; lo mismo sucederá con el suspenso, el deudor en quita y espera, el quebrado y el concursado: la peculiar situación en que se encuentra su patrimonio cambiará el grado de utilidad que para ellos tenía el interés asegurado. Esto se ve más claramente en los supuestos de quiebra y concurso que en los de quita y espera y suspensión de pagos, ya que en esos supuestos confluyen otros factores que afectan directamente a la medida del interés asegurado: la incapacitación del concursado para administrar sus bienes y el embargo y el depósito de los mismos, la inhabilitación y el desapoderamiento del quebrado, y, sobre todo, encontrarse abierto un procedimiento que tiende a la liquidación de los bienes del quebrado o del concursado para satisfacer a los acreedores.

Por tanto, parece que por haber cambiado el valor del interés la Ley permite al adquirente, al heredero, al suspenso, al deudor en quita y espera, y a los órganos del concurso o de la quiebra, denunciar el contrato, pero sólo el contrato documentado en pólizas nominativas, ya que en este contrato el valor del interés asegurado no está objetivado, sino en función del sujeto, al contrario de lo que ocurre con los contratos documentados en pólizas a la orden o al portador, en los cuales para que estas pólizas puedan desarrollar su finalidad es preciso entender que el valor del interés asegurado está objetivado (está en función del objeto o cosa asegurada, piénsese que en el «seguro por cuenta de quien corresponda» el titular del interés asegurado está indeterminado), no afectando, por consiguiente, al valor del interés los cambios de titularidad del mismo o los cambios en las circunstancias de los titulares, razón por la cual no se pueden rescindir (art. 36 de la LCS).

Esta facultad de denunciar el contrato también se fundamenta en la tutela de un legítimo interés de estos sujetos: poner fin a la relación asegurativa al objeto de contratar un seguro en condiciones más ventajosas o simplemente no continuar soportando el pago de las primas, en definitiva, tratar de evitar el empobrecimiento del activo al objeto de que el procedimiento concursal cumpla en mejor medida su función de satisfacer a los acreedores.

En los seguros por cuenta ajena documentados en pólizas nominativas este fundamento (evitar el empobrecimiento del activo) también explica que se pueda denunciar el contrato en caso de encontrarse al tomador en alguno de los supuestos del artículo 37 de la LCS. En cambio, más difícil resulta explicar en qué se fundamenta la facultad de denunciar el contrato que al tomador se le reconoce siempre que se encuentre el asegurado en alguno de esos supuestos. Parece que la Ley entiende que la muerte, quiebra, concurso, etc., del asegurado puede afectar a la relación interna tomador-asegurador —de la

cual se deriva la obligación del tomador de asegurar—, convirtiéndola en una relación desproporcionada en la que no se dan los presupuestos por los cuales el tomador en su momento contrató el seguro. El tomador tendrá así la posibilidad de decidir si en esas circunstancias en que se encuentra el asegurado (muerte, quiebra, etc.) le conviene o no continuar el contrato, y si decide que no, denunciarlo.

4.2. El fundamento de la facultad del asegurador de denunciar el contrato

Tanto en los seguros por cuenta propia como en los seguros por cuenta ajena documentados en pólizas nominativas, lo que se pretende otorgando a la entidad aseguradora la facultad de denunciar el contrato en caso de encontrarse el asegurado (seguro por cuenta propia) o el tomador o el asegurado (seguro por cuenta ajena) en alguna de las situaciones del artículo 37 de la LCS, es que dicha entidad se pueda proteger frente a los cambios de los sujetos o de las circunstancias de los sujetos de esa relación. Es obvio que, al contratar, la entidad aseguradora no sólo tiene en cuenta las circunstancias que directa o indirectamente inciden en el riesgo (23), sino también las circunstancias del tomador y del asegurado (24). En este sentido, la denuncia

(23) El Código de comercio, en el hoy derogado artículo 381, se refería expresamente a las circunstancias que afectaban al objeto asegurado: «Será nulo todo contrato de seguro: ... 3.º Por la omisión u ocultación por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieren podido influir en la celebración del contrato.» Sobre este artículo, vid. RUIZ SALAS, J. M.: *Conceptos afines al seguro. El contrato de seguro y su contenido: ... interpretación. Las declaraciones del asegurado*, en «Revista de Derecho Privado», XXVIII, 1944, pp. 683 a 693, pp. 689 y ss.; SÁNCHEZ TRASANCOS, R.: *De la obligación de declarar el riesgo por el asegurado*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1948, n. 17-18, p. 267 a 278; GARRIDO COMAS, J. J.: *La reticencia del asegurado y sus efectos en el contrato de seguro*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXIX, 1952, pp. 23 a 41. El régimen previsto en el Código de comercio se ha visto suavizado con la LCS: según el derogado artículo 381, el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía, mientras que en la LCS la obligación se limita a la contestación del cuestionario que le presenta el asegurador. El artículo 10.I de la Ley establece: «El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.» Sobre este artículo, vid. GARCÍA VILLAVERDE, R.: *Contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo en los seguros de vida*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», 2 vols., Zaragoza, 1982, I, pp. 1017 a 1024; SÁNCHEZ CALERO: «Comentarios. Ley de contrato de seguro», cit., pp. 162 y ss.

Un análisis de los diversos sistemas existentes sobre esta materia en el derecho comparado puede encontrarse en las publicaciones del II Congreso sobre Derecho de Seguros (II Congrso Mundial de la AIDA), *Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung (Warranty, misrepresentation, concealment, réticences, déchéances, Obliegenheiten)*, Karlsruhe, 1967.

(24) DONATI, A. («Trattato», ob. cit., II, n. 509, pp. 490 y s.), al estudiar los cambios (y en particular la transmisión) y extinción de la relación de seguro, sitúa la quiebra del contratante en el apartado de los *cambios relativos a los sujetos* de la relación asegurativa. Con esto no quiere decirse que el seguro sea un contrato *intiuu personae*.

del asegurador se justifica por haber cambiado los sujetos o las circunstancias de los sujetos de la relación asegurativa, y, además, porque dichos cambios, de alguna manera, afectan o pueden afectar a uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, concretamente al riesgo: el manejo del riesgo puede verse condicionado por esos cambios y lo más normal es que en determinados casos aumente la probabilidad de verificarse el evento temido, lo cual justifica que producidos esos cambios tenga el asegurador la posibilidad de denunciar el contrato si entiende que el riesgo se ha agravado, ya que si no pudiera denunciarlo recaerían sobre él las consecuencias de la mayor probabilidad de realización del evento dañoso.

Esta interpretación encontraría confirmación en el desigual trato que los artículos 34 a 36 de la LCS dan a las pólizas nominativas, a la orden y al portador. Sólo son susceptibles de denuncia los contratos documentados en pólizas nominativas. La razón es evidente. Las partes, al elegir estas pólizas, implícitamente están dando relevancia a los cambios de los sujetos o a los cambios en las circunstancias de los sujetos de la relación asegurativa. Por el contrario, en las pólizas a la orden o al portador las partes niegan trascendencia, con la elección de esta forma de documentar el contrato, a las mencionadas modificaciones (25), en armonía con la función de estas pólizas: antes de ocurrir el siniestro, transmitir, junto con el objeto o cosa asegurada (y el correspondiente interés asegurado), los derechos derivados del contrato; después del siniestro, transmitir el crédito existente frente al asegurador (26). La primera de las funciones señaladas quedaría

Ya VIVANTE, C. («Il contratto di assicurazione», 3 tomos, Milano, 1885, I, n. 21, p. 47), se preguntaba si «el seguro es un contrato personal, estipulado en consideración de quien se asegura, o un contrato que sigue la suerte de la cosa asegurada». Nuestra doctrina, en lo que se refiere a las relaciones asegurador-asegurado quebrado ha evolucionado desde una posición que afirmaba el carácter *intuitu personae* (cfr. BENÍTEZ DE LUGO: «Tratado de seguros», I, cit., n. 172, pp. 383 y s.), hasta posiciones relativamente recientes que cuestionan este carácter (GARRIGUES: «Contrato de seguros terrestres», p. 141; ID.: «Curso de derecho mercantil», II, Madrid, 1983, 8.^a ed., p. 293), precisamente porque las condiciones personales del asegurado son mucho menos relevantes a la hora de valorar el interés del asegurado. Existe una despersonalización de la relación de seguro a consecuencia de la contratación en masa, que unida a la objetivación y abstracción del interés (cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentarios. Ley de contrato de seguro», cit., p. 449), y a la consagración del principio indemnizatorio, termina por desplazar el carácter *intuitu personae*, o, por lo menos, impedir que las condiciones subjetivas sean consideradas como elementos esenciales del contrato (estas ideas han sido claramente expuestas por VERGEZ SÁNCHEZ: «Continuación del contrato de seguro», cit., pp. 837 y s., donde, además se refiere al *intuitu rei*). Vid. también como CLOQUET: «Les concordats et la faillite», cit., n. 1470 a 1477, pp. 419 y ss., no incluye al contrato de seguro dentro de la categoría de los contratos *intuitu personae*.

(25) Cfr. BLANCO CAMPAÑA, J.: *Algunas consideraciones en torno a las pólizas a la orden o al portador*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», 2 vols., Madrid, 1982, I, pp. 409 a 418, p. 411; SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», cit., p. 478.

(26) Vid. art. 9 de la LCS. Sobre el contenido de este artículo, vid. GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre», cit., p. 144; SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de

desvirtuada si se pudiera denunciar el contrato cada vez que el asegurado (seguro por cuenta propia) o el tomador o el asegurado (seguro por cuenta ajena) se encuentre en alguna de las situaciones del artículo 37 de la LCS.

La confianza en la respectiva posición de la contraparte juega un papel importante en los contratos de duración (27). El hecho de estar incursio el asegurado (seguro por cuenta propia) o el tomador (seguro por cuenta ajena) en un procedimiento concursal, o simplemente el cambio de este sujeto (trasnmisión del objeto y muerte), incide también en otro de los elementos esenciales del contrato: la prima. El asegurador dudará sobre el puntual y total pago de las primas futuras, de ahí que se le reconozca en los contratos documentados en pólizas nominativas la facultad de denunciar el contrato (28). Así se explica que en alguno de los sistemas jurídicos antes reseñados el asegurador pueda denunciar el contrato en aquellos supuestos en los cuales la masa no garantiza el pago de las primas.

Seguro», *cit.*, pp. 159 y ss. y 475 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ: *La continuación del contrato de seguro*, *cit.*, pp. 832 y ss.; BLANCO CAMPANA: *Algunas consideraciones*, *cit.*, pp. 411 y ss.; GARCÍA-LUENGO, R. B.: *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, en «Revista de Derecho Mercantil», núms. 167-168, 1983, pp. 7 a 74, p. 65 y ss.

En la doctrina italiana vid., por todos, FERRI, G.: *La funzione della polizza nella transmissione del rapporto assicurativo nella assicurazione danni*, en «Assicurazioni», 1939, I, pp. 373 a 391 (posteriormente, este autor vuelve a ocuparse del mismo tema en un trabajo publicado, con el mismo título, en «Assicurazioni», 1970, I, pp. 13 a 24); SCALONE, G.: «La polizza di assicurazione all'ordine o al portatore», Milano, 1955.

(27) Sobre esta característica del contrato de seguro vid. VIVANTE: «Il contratto di assicurazione», I, *cit.*, n. 19, pp. 44 y ss.; DONATI: «Trattato», II, *cit.*, n. 263, páginas 42 y ss.; GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre», *cit.*, pp. 45 y ss.

(28) La Ley de Seguros belga (art. 29), que faculta al asegurador a pedir garantía del pago de las primas y, si no se prestase, a denunciar el contrato (vid. FEYEAERTS y ERNAULT: «Traité général des assurances», *cit.*, n. 544, p. 122, respecto a si la denuncia sólo puede pedirse una vez que se haya exigido la garantía), confirma esta argumentación. Evidentemente, cuando la solvencia del asegurado está en peligro, el asegurador no tiene las mismas garantías que al principio (cfr. MUSCHART: «Commentaire», *cit.*, p. 162). En esta idea también insiste, recientemente, FEYEAERTS y ERNAULT: *ob. cit.*, n. 1118, p. 232, aplicando el artículo 1184.I del *Code civil*: «La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans le contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisféra point à son engagement..»

Este es, en definitiva, el problema de fondo que existe en los contratos bilaterales pendientes de ejecución: en caso de siniestro, el asegurador debe satisfacer íntegramente la indemnización, mientras que recibirá la contraprestación (pago de las primas) en moneda de quiebra (cfr. DE SMET: «Traité... des assurances», *cit.*, n. 10, p. 47), a no ser que a partir de la declaración de quiebra las primas sean consideradas deudas de la masa. Incluso en este caso subsiste, sin embargo, el peligro del impago de las primas cuando no haya en el patrimonio del quebrado bienes suficientes para satisfacer íntegramente las deudas de la masa.

II. REGIMEN JURIDICO

1. LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA Y EL CONTRATO DE SEGURO POR CUENTA PROPIA

Para una exposición sistemática de los efectos de la declaración judicial de quiebra sobre los contratos de seguro por cuenta propia (29), es preciso diferenciar, tal como hace la Ley, entre el régimen de los contratos documentados en pólizas nominativas (arts. 34 y 35 de la LCS) y el régimen de los contratos documentados en pólizas a la orden o al portador (art. 36 de la LCS).

1.1. Pólizas nominativas

1.1.1. *La subsistencia del contrato*

El principio general es la subsistencia o continuación del contrato de seguro (30). En caso de «transmisión del objeto asegurado» se pro-

(29) Para aplicar los artículos 34 a 37 de la LCS a los supuestos de declaración de quiebra del «tomador del seguro o del asegurado», es necesario que se dé el siguiente presupuesto: la existencia del contrato de seguro en fecha anterior a la declaración de quiebra. Será de aplicación el régimen contenido en los artículos 34 a 36 de la LCS si, perfeccionado el contrato, se declara la quiebra del «tomador del seguro o del asegurado», aunque en este instante no hubiesen comenzado aún los efectos del contrato. Una vez perfeccionado el contrato, se ponen de relieve con la declaración de quiebra los intereses en juego (vid. *infra* nota 32), directa o indirectamente tutelados con la norma de remisión.

Evidentemente, el contrato celebrado después de la declaración de quiebra por el asegurador y los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador no está comprendido en el supuesto del artículo 37 de la LCS, aunque exista acuerdo de retrotraer los efectos del mismo a la fecha de presentación de la solicitud (o de formular la proposición) y fuese ésta anterior a la declaración de quiebra.

Las partes pueden pactar que los efectos del contrato (cobertura y pago de las primas: *comienzo material*) se inicien en fecha posterior a la perfección del contrato (*comienzo formal*) (art. 8.8 de la LCS). Sobre la duración formal, duración material y duración técnica, vid. DONATI: «Trattato», II, *cit.*, n. 435 a 442, pp. 340 y ss.; GARRIGUES: «El contrato de seguro terrestre», *cit.*, pp. 114 y s.; SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Comercio de seguro», *cit.*, p. 312.

(30) En el proceso de contratación de un seguro es posible diferenciar tres fases. La primera comienza con la solicitud del seguro y termina en el momento anterior a la proposición del asegurador; la segunda va desde la proposición hasta el instante anterior a la aceptación; la tercera es la posterior a la aceptación. En caso de declaración de quiebra del solicitante en la primera fase (art. 6.I, inc. 1.^o, de la LCS), los órganos de administración y representación de la quiebra del solicitante no quedarán vinculados por la solicitud. Esta no se considera como una verdadera oferta (cfr., en general, MORENO QUESADA, B.: «La oferta del contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual», Barcelona, 1963). En caso de declaración de quiebra del solicitante en la segunda fase (art. 6.I, inc. 2.^o, de la LCS), parece lógico que se aplique analógicamente a la proposición (por ser vinculante para el asegurador) la remisión a los artículos 34 a 36 de la LCS. Finalmente, en caso de declaración de quiebra del «solicitante» en la *tercera fase*, supuesto previsto en el artículo 37 de la

duce automáticamente, en el momento de la enajenación, la cesión *ex lege* de la posición contractual (art. 34.I, inc. 1.^o, de la LCS) (31), de modo que el contrato de seguro continúa con el adquirente. La remisión legal permite al intérprete deducir que, en los supuestos de quiebra del tomador del seguro (o asegurado), subsiste el contrato de seguro (32).

Ley, la quiebra se declara una vez perfeccionado el contrato de seguro, es decir, «el solicitante» tiene ya la condición de tomador (o asegurado).

Sobre solicitud, proposición y aceptación del contrato, vid., por todos, FANELLI, G.: «*Saggi di diritto delle assicurazioni*», Milano, 1971, pp. 107 a 116 y pp. 181 a 189; CUÑAT EDO, V.: *La función de la proposición de seguro en nuestro derecho*, en «Revista Española de Seguros», núm. 6, 1976, pp. 101 a 136.

(31) Aunque literalmente el artículo 34 de la LCS se refiere a la «transmisión del objeto asegurado» o «cosa asegurada», está pensado más bien en la transmisión de la relación económica existente entre el transmitente (asegurado) y el objeto, es decir, en la transmisión del interés (cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de seguro», *cit.*, p. 451). Con el contrato de seguro se tutela el interés del asegurado; lo importante es el interés que una persona tiene sobre un determinado objeto: vid., por todos, BUTTARO, L.: «*L'interesse nell'assicurazione*», Milano, 1954; GARRIGUES, J.: *El interés en el seguro*, en «Revista Española de Seguros», núm. 233, 1975, pp. 7 a 23.

El artículo 34.I de la LCS contiene un supuesto de cesión legal de contrato (cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de seguro», *cit.*, p. 450; respecto al artículo 401 del Código de comercio, vid. GARCÍA-AMIGO, M.: «*La cesión de contratos en el Derecho español*», Madrid, 1964, pp. 194 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ: «*La continuación del contrato*», *cit.*, pp. 829 y ss.). De ahí que sea necesario que se den los presupuestos de la cesión. En primer lugar, que existan prestaciones reciprocas: con el objeto asegurado se cede por imperativo legal una relación asegurativa con prestaciones reciprocas. Mientras el asegurador (contratante cedido) cubre el riesgo, el adquirente (cesionario) paga las primas. No hay, por tanto, subrogación en el crédito (arts. 1.209 y ss. del C.c.) ni cesión de créditos (arts. 347 y 348 del C. de c.) (cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de seguro», *cit.*, p. 430). En segundo lugar, que las prestaciones de las partes estén aún pendiente de ejecución. Evidentemente, no hay cesión del contrato si la transmisión del objeto o la declaración de quiebra es posterior a la extinción del mismo. Sobre los presupuestos objetivos de cesión de contratos vid. DÍEZ PICAZO, L.: «*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*», I, Madrid, 1983, 2.^a ed., pp. 845 y ss. Para un estudio más amplio de la circulación *ex lege* del contrato de seguro vid. ANDREOLI, M.: «*La cesión del contrato*», Madrid, 1956, n. 41, pp. 156 y ss.; CORTÉS L. J.: «*Póliza flotante y seguro en abono*», Bolonia, 1984, pp. 44 y ss.

La cesión del contrato se basa en la transmisión previa del objetivo asegurado. Por eso la doctrina ha pretendido calificar jurídicamente la cesión del contrato recurriendo a la teoría de la dependencia del contrato respecto del objeto asegurado. Sobre esta teoría, vid. VERGEZ SÁNCHEZ: «*La continuación del contrato de seguro*», *cit.*, pp. 835 y ss.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la voluntad de las partes juega un papel fundamental en la continuación *ex lege* del contrato de seguro, ya que puede condicionar dicha cesión de tres formas diferentes: 1.^a Con la elección de tipo de pólizas: si los contratantes no desean la continuación *ex lege* del contrato de seguro no deberán documentar este contrato en pólizas a la orden o al portador. Si lo hacen, la Ley les impone la continuación *ex lege* (art. 34.I de la LCS), y sin posibilidad de denunciarlo (art. 36 de la LCS). 2.^a Pactando en contra de la cesión *ex lege*, lo cual sólo es posible en los contratos documentados en pólizas nominativas para riesgos de cobertura no obligatoria (art. 34.I, *in fine*, de la LCS). 3.^a Denunciando el contrato después de haberse producido la cesión *ex lege*, posibilidad que sólo existe en los contratos documentados en pólizas nominativas (arts. 35 y 36 de la LCS).

(32) Este principio tutela tres grupos diferentes de intereses: interés de los empresarios aseguradores a conservar la clientela, interés del tomador o asegurado (transmi-

Esta continuación de la relación asegurativa se produce con independencia del momento en el cual se haya concluido el contrato: sea dentro del período de retroacción de los efectos de la quiebra; sea con anterioridad a la fecha de retroacción, pero dentro del correspondiente período sospechoso (33), o bien con anterioridad. Sin embargo, si el contrato se concluye en el período de retroacción y ocasiona un perjuicio objetivo y cierto a la masa (art. 878.II del C. de c.) (34), o si, concluido

tente) a no indemnizar al asegurador por la extinción anticipada del contrato e interés de los terceros adquirentes (o del propio quebrado y sus acreedores) a no quedar privados de cobertura en el momento inmediato a la transmisión o a la declaración de quiebra (vid. GENOVESE: «Alienazione», *cit.*, pp. 6 y ss.; SALANDRA, V.: *Assicurazione*, en «Commentario del Codice civile. Delle obbligazioni», arts. 1.861-1.932, dirigido por Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, 3.^a ed., p. 379; GASPERONI, N.: «Le assicurazioni», Milano, 1966, n. 44, p. 115; VERGEZ SÁNCHEZ: «La continuación del contrato», *cit.*, p. 839).

(33) El peculiar sistema de reintegración de la masa de la quiebra vigente en el Derecho español es uno de los temas concursales que más ha preocupado a la doctrina. Aunque con valor desigual, pueden citarse las siguientes aportaciones: ROJO, A.: *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, en «Revista de Derecho Mercantil», n. 151 (1979), pp. 35 a 100; Id., *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976*, en «Revista de Derecho Privado», LXII, 1978, pp. 76 y 77; JIMÉNEZ ESCARZAGA, J. D.: *La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del C. de c.*, en «Revista de Derecho Mercantil», núm. 69 (1958), pp. 39 a 83; JUSTE IRIBARREN, M.: *En torno a la retroacción de la quiebra*, en «Revista de Derecho Procesal», 1958, pp. 69 a 102; IBARRA FRANCO, M.: «La retroacción absoluta de la quiebra en el Derecho español», Zaragoza, 1960; MARTÍN REYES, A.: *Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de prestaciones* (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973), en «Revista Jurídica de Cataluña», LXXIV, 1975, pp. 331 a 348; MASSAGUER FUENTES, J.: «La reintegración de la masa en los procedimientos concursales», Barcelona, 1986. Entre los procesalistas, CARRERAS LLANSANA, J.: *Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra*, en «Escritos en homenaje al Profesor Prieto Castro», I, Madrid, 1979, pp. 57 a 87; RAMOS MÉNDEZ, F.: *Las acciones judiciales derivadas de la retroacción de la quiebra*, en «Revista de Derecho Procesal», 1974, pp. 683 a 722.

De lege ferenda, vid. VICENT CHULIA, F.: *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXXVIII, 1979, pp. 669 a 724, pp. 703 y ss.; MASSAGUER FUENTES: «La reintegración de la masa», *cit.*, pp. 99 y ss.

(34) Cfr. Rojo: «Introducción al sistema de reintegración», *cit.*, pp. 71 y 72; Id., *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976*, *cit.*, p. 76; SÁNCHEZ CALERO: «Instituciones de Derecho mercantil», *cit.*, p. 524; anteriormente, JUSTE IRIBARREN: «En torno a la retroacción de la quiebra», *cit.*, p. 77. Esta es precisamente la doctrina legal: cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1960 (en *Ar.*, n. 2062); de 11 de diciembre de 1965 (en *Ar.*, n. 5612); de 10 de marzo de 1976 (en *Ar.*, n. 1176); de 15 de octubre de 1976 (en *Ar.*, n. 3960), y de 12 de noviembre de 1977 (en *Ar.*, n. 4185). En contra de este criterio restrictivo en la interpretación del artículo 878.II del C. de c., GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», II, *cit.*, p. 464; BROSETA: «Manual de Derecho mercantil», *cit.*, p. 686.

En efecto, una *concepción absoluta* de la sanción del artículo 878.II del C. de c., con la obligada consecuencia de la recíproca restitución de las prestaciones (cfr. Rojo: «Introducción al sistema de reintegración», *cit.*, pp. 77 y ss.; vid. también el elaborado comentario a la STS de 7 de marzo de 1973, de MARTÍN REYES: *Retroacción de la quiebra*, *cit.*, pp. 92 y ss.), perjudicaría, en muchas ocasiones, los intereses de la masa de acreedores.

Los contratos de seguro por cuenta propia son claros ejemplos de actos jurídicos destinados a mantener íntegro el patrimonio del tomador (o asegurado) quebrado. Be-

nefician indirectamente a los acreedores, en cuanto que, si el siniestro se produce, el asegurador indemnizará el daño causado de modo que el patrimonio del tomador (o asegurado) quebrado no sufre por esta causa disminución patrimonial alguna.

Más problemática se presenta la hipótesis de quiebra del tomador del seguro por cuenta ajena. Con el objeto de evitar los absurdos efectos derivados de una concepción absoluta del artículo 878.II del C. de c. (nulidad de todos los contratos de seguro por cuenta ajena que un empresario, posteriormente quebrado, haya contratado en el período de retroacción) y, a la vez, revisar la validez de algunos de estos seguros a la luz del principio establecido en el artículo 878.II del C. de c., es preciso diferenciar dos tipos de contratación de seguro por cuenta ajena, según que la contratación sea o no relativa al giro o tráfico mercantil del tomador. En el primer caso, resulta ilógica la aplicación del artículo 878.II del C. de c. La contratación de seguro por cuenta ajena es un acto secundario, accesorio y necesario de la actividad mercantil del tomador, debiendo considerarse válidos estos contratos aun en el supuesto de nulidad de «los actos de dominio y administración» que integran el tráfico mercantil del tomador quebrado y que sirven de fundamento a la actividad accesoria de contratación por cuenta ajena. En el segundo caso, los contratos de seguro son extraños al tráfico mercantil del tomador y serán nulos si causan perjuicio a la masa de la quiebra. VIVANTE «Il contratto di assicurazione», III, *cit.*, n. 84, pp. 130 y s.) calificaba indirectamente el contrato de seguro como un acto de mera administración, que tiene por objeto conservar el patrimonio. También parece que BONFANTE, P. (*Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'invalidità*, en «Scritti giuridici vari», II, Torino, 1926, pp. 336 a 346, p. 336), apoyaba esta posición cuando, sin pronunciarse expresamente, citaba a Vivante y afirmaba que el contrato de seguro de vida es un acto que excede la mera administración (dando a entender que el contrato de seguro de daños es un acto de mera administración). Esta calificación se encuadra en la clasificación de pura, ordinaria o mera administración o, por utilizar la terminología que se apunta por FERRARA, F. (*Gli atti d'amministrazione*, en «Scritti giuridici», I, Milano, 1954, pp. 283 y s. y p. 312 y s.), de ordinaria y extraordinaria administración. VERDOT, R. (*«La notion d'acte d'administration en droit privé français»*, Paris, 1963, pp. 262 y ss.), tal vez con mayor precisión, prefiere los términos de administración amplia y estricta. Sobre la clasificación general de actos de conservación, administración y disposición, y las diferentes relaciones entre ellos, vid. AGUILERA DE LA CIERVA, T.: «Actos de administración, de disposición y de conservación», Madrid, 1973.

Por tanto, la nulidad alcanza sólo a los contratos de seguro de cobertura de riesgos voluntaria (lógicamente, no se consideran «actos de dominio y administración» afectados por la sanción de nulidad del artículo 878.II del C. de c. los contratos de seguro de cobertura de riesgo obligatoria) celebrados en período de retroacción y que causen perjuicio a la masa de acreedores.

En algunos supuestos los órganos de administración y representación de la quiebra podrán intentar, al margen del sistema de reintegración de la masa (arts. 878 a 882 del C. de c.), la evolución de las primas relativas a contratos celebrados antes de la declaración de quiebra del tomador (o asegurado). Tal será el caso de aquellos contratos que, en el momento de su conclusión se encontraran en alguna de las siguientes circunstancias: Inexistencia de riesgos (art. 4 de la LCS), acaecimiento del siniestro (art. 4 de la LCS), falta del interés del asegurado a la indemnización del daño (art. 25 de la LCS). La sanción prevista en esos preceptos es la de nulidad del contrato de seguro, por lo que resulta plenamente aplicable el artículo 1.303 del Código civil: las partes (asegurador y tomador quebrado) deberán restituirse recíprocamente las prestaciones. Si el tomador no ha pagado la prima, no tendrá que hacerlo, y si la ha pagado, tendrá derecho a devolución. El asegurador estará libre de obligaciones (cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentarios. Ley de Contrato de seguro», *cit.*, pp. 99 y 351). Sobre el artículo 4 de la Ley vid. MENÉNDEZ, A.: *Preliminar. Artículos 1 a 4*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de seguro», 2 vols., Madrid, 1982, pp. 81 a 134, pp. 104 y ss.; ALONSO SOTO, R.: *Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva Ley de Contrato de seguro*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de seguro», 2 vols., Madrid, 1982, I, pp. 199 a 207. Respecto al artículo 25 de la LCS, vid. CUÑAT EDO, V.: *Disposiciones generales referidas al seguro de daños*, en «Comentario a la Ley de Contrato de seguro», 2 vols., Madrid, 1982, I, pp. 515 a 564, p. 520.

En otros casos, los órganos de administración y representación de la quiebra

dentro de alguno de los períodos legales sospechosos, se dan los presupuestos exigidos por la Ley para el ejercicio de la correspondiente acción revocatoria concursal especial (arts. 881-5.^º y 882 del C. de c.) (35), podrá solicitarse la declaración judicial de la ineeficiencia contractual.

Así, pues, la declaración judicial de quiebra tiene como efecto la cesión legal de la relación asegurativa, subrogándose el «adquirente» en los derechos y obligaciones que en el contrato correspondían al anterior titular. En su aplicación a la quiebra podría pensarse que la condición de «adquirente» recaería sobre la masa («subrogación de la masa»). Sin embargo, la masa no adquiere la condición de tomador (o asegurado), pues no subentra en la posición del quebrado. A pesar de la declaración de quiebra, el quebrado —como ya hemos recordado— conserva la titularidad de los bienes (objeto asegurado) y derechos (posición de tomador del seguro) integrados en la masa (36), correspondiendo a los órganos de administración y representación de la quiebra (37), a causa de la inhabilitación y desapoderación

tendrán derecho a exigir al asegurador la devolución de parte de las primas. Así, cuando el asegurador, después de haberse comunicado las circunstancias que disminuyan el riesgo de la cosa, no reduzca el importe de las primas futuras al período en curso, los órganos de administración y representación de la quiebra tendrán derecho a la «resolución del contrato y a la devolución de la diferencia entre la prima satisfecha y la que le hubiera correspondido pagar, desde el momento de la puesta en conocimiento de la disminución del riesgo» (art. 13 de la LCS). Vid. GARCÍA VILLAVERDE: *Contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo en los seguros de vida*, en «Comentario a la Ley de Contrato de Seguro», 2 vols., Madrid, 1982, I, pp. 1015 a 1023; SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 203 y ss. En la hipótesis de sobreseguro el asegurador y los órganos de administración y representación de la quiebra se encuentran facultados para exigir «la reducción de la suma asegurada y la prima», y el asegurador, además, «deberá restituir el exceso de las primas percibidas», excepto si el sobreseguro se debe a mala fe del asegurado (art. 31 de la LCS). Vid. CUÑAT EDO: *Disposiciones generales*, *cit.*, pp. 535 y ss.; SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 401 y ss.

(35) Sobre estas acciones revocatorias concursales especiales, vid., por todos, ROJO: *Introducción al sistema de reintegración*, *cit.*, pp. 84 y ss.

(36) Cfr. GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», II, *cit.*, p. 442; URÍA: «Derecho mercantil», Madrid, 1985, 13.^a ed., pp. 852 y 859; POLO y BALLBÉ: «La quiebra», *cit.*, p. 336; GARCÍA VALDECASAS: «Dictamen sobre la quiebra», *cit.*, p. 302; VACAS MEDINA: *Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra*, en «Revista Derecho Procesal», XI, 1955, pp. 59 a 111, p. 81; BROSETA «Manual de Derecho mercantil», *cit.*, pp. 673 y s.

(37) Por quedar el deudor declarado en quiebra «inhabilitado para la administración de sus bienes» (art. 878.1 del C. de c.), el ordenamiento jurídico español encierra la administración y defensa de la masa de la quiebra a los llamados «órganos de administración y representación de la quiebra». En primer lugar, al depositario, que administra «interinamente» la masa de la quiebra (art. 1.082 del C. de c. de 1829, y expresamente arts. 1.181 y 1.185 de la LEC); en segundo lugar, a los síndicos, que serán, con carácter definitivo, «los representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber» (art. 1.366 de la LEC). Vid. GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», *cit.*, pp. 484 y ss.; POLO y BALLBÉ: «La quiebra», *cit.*, pp. 43 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: «Dictamen sobre la quiebra», *cit.*, pp. 519 y ss.; VACAS MEDINA, L.: *Sobre la administración de las masas concursales*, en «Revista Derecho Privado», XLII, 1958, pp. 329 a 339; RAMÍREZ: «La quiebra», I, *cit.*, n. 68 a 74, pp. 434 y ss.; DE LA CAMARA ALVAREZ, M.: *Estudio sobre la representación*

miento del tomador (o asegurado) quebrado, únicamente la administración y poder de disposición sobre esos bienes y derechos. Por tanto, no existe subrogación de la masa en la posición del tomador (o asegurado), es decir, no hay variaciones en la titularidad del contrato. Todo lo más, y por comodidad del lenguaje, podrá hablarse de *subrogación atécnica* de los órganos de administración y representación de la quiebra, en el sentido de que los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro ya no serían ejercitados por el quebrado, sino por el depositario, primero, y por la sindicatura, después.

De otro lado, el inciso primero del artículo 34.I de la LCS establece la coincidencia temporal entre «el momento» de la subrogación y el de la enajenación. En ese preciso instante se produce la subrogación automática del adquirente «en los derechos y obligaciones que correspondan en el contrato al anterior titular». En realidad, tampoco esta regla debe entenderse en sentido literal a la hora de aplicarla a la quiebra del tomador (o asegurado). El interés asegurado existente en la relación económica de un empresario quebrado con los objetos que le pertenecen (interés de propietario) continúa bajo la titularidad del tomador (o asegurado) quebrado. Sólo habrá cambios en la titularidad de ese interés cuando el procedimiento de quiebra concluya con liquidación de la masa activa o con un convenio que lleve aparejada la enajenación del objeto asegurado; pero nunca por el simple hecho de la declaración de quiebra (38). Es, pues, manifiestamente inadecuado referirse en los casos de quiebra «al momento de la enajenación» para concretar el momento de la subrogación atécnica. No es difícil, sin embargo, entender qué «momento de la enajenación» equivale a «momento de la declaración judicial de quiebra», pues con ésta se produce *ipso iure* la inhabilitación y desapoderamiento del tomador (o asegurado) y el apoderamiento de los órganos de administración y representación de su quiebra. En consecuencia, la subrogación atécnica se produce automáticamente en la fecha en que la quiebra es declarada, o sea, en la fecha del auto de declaración, aun cuando todavía no haya alcanzado firmeza (39).

legal en Derecho mercantil, en «Estudios homenaje... de Castro», cit., pp. 295 a 364, pp. 322 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, R.: *Los órganos de la quiebra*, en «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro», I, Madrid, 1976, pp. 809 a 836, pp. 822 y ss.

(38) Del mismo modo, la titularidad del resto de los intereses asegurados por el tomador (por ejemplo, como arrendatario) no varía por la declaración de quiebra: el contrato de seguro que tutela su interés continúa, excepto si las partes han pactado que la declaración de quiebra sea causa de extinción del contrato de arrendamiento, en cuyo caso se extingue el contrato de seguro por falta de interés del arrendatario a la indemnización. Aunque el artículo 34 de la LCS parece contemplar exclusivamente la transmisión del interés de propietario (enajenación del objeto), no existe inconveniente, en aplicar por analogía los artículos 34 a 36 de la LCS a las diferentes formas (técnicamente válidas) de transmisión de los correspondientes intereses.

(39) Sobre el *modo* (auto de declaración de quiebra) y *momento* (fecha del auto) de iniciación de los efectos de la quiebra, vid., por todos, GARCÍA VALDECASAS: «Dic-

Ahora bien, el principio general de la subsistencia del contrato tiene una excepción en relación con los riesgos de cobertura no obligatoria. Puede afirmarse, en consecuencia, que el régimen legal de subsistencia o continuación del contrato documentado en pólizas nominativas tiene carácter alternativo: es imperativo para los riesgos de cobertura obligatoria, y es dispositivo para los riesgos de cobertura no obligatoria (art. 34.I, *in fine*, de la LCS). El pacto de derogación puede tener diverso contenido: desde la exclusión del régimen legal, o, si se prefiere, de no subrogación, hasta la previsión expresa de extinción del contrato cuando se declare la quiebra (40).

tamen sobre la quiebra», *cit.*, pp. 292 y ss.; RAMÍREZ: «La quiebra», II, *cit.*, n. 176, pp. 20 y ss.

(40) El primer caso —el de mayor interés, aunque el menos frecuente— es el de aquel pacto que literalmente recoge «la inaplicabilidad a este contrato del artículo 34.I, inciso 1.º, de la LCS», o «la no subrogación», sin especificar como efecto de ésta la extinción, inmediata o pasado cierto tiempo, del contrato. Cualquiera de ambas redacciones resulta formalmente acorde con la expresión «pacto en contrario» del 2.º inciso del artículo 34.I de la LCS. Pues bien, si el principal efecto del régimen legal es la subrogación, «pacto en contrario» sería, justamente, «la no subrogación». Pactada la inaplicabilidad a este contrato del artículo 34.I, inciso 1.º, de la LCS, o «la no subrogación», la continuidad del contrato sólo es admisible técnicamente si asegurador y tomador (o segurado) acuerdan que en «el momento de la enajenación» el contrato de seguro por cuenta propia se convierte en seguro por cuenta ajena. Se produce entonces la disociación entre la titularidad del contrato y la titularidad del objeto asegurado, que recae sobre el adquirente. En tal caso, tomador del seguro por cuenta ajena será el transmitente y asegurado el adquirente. Esta fórmula evita la posible desconfianza que en lo referente al pago de las primas puede producir en el asegurador la subrogación del adquirente en la posición del anterior titular: con el pacto de conversión en seguro por cuenta ajena el asegurador se despreocupa de la solvencia del adquirente, ya que del pago de las primas responde el anterior titular o transmitente (tomador del seguro). De no existir pacto de conversión en seguro por cuenta ajena el contrato no continuará entre asegurador y transmitente; se extinguirá al conservar la naturaleza de seguro por cuenta propia: el tomador o asegurado (transmitente) después de la enajenación del objeto asegurado carece de interés a la indemnización. Este supuesto no es encuadrable en el artículo 25 de la Ley de Contrato de Seguro, que prevé la falta de interés *inicial* del asegurado a la indemnización no la falta de interés sobrevenida: sanciona la falta de interés inicial con la nulidad, pero guarda silencio respecto a la falta de interés sobrevenida. CUÑAT (*Disposiciones generales referidas al seguro de daños*, *cit.*, p. 522) plantea dos posibles soluciones: Una, pensar que los efectos de la falta de interés sobrevenida son «similares» a los de nulidad, y otra, aplicar el régimen previsto para los supuestos de transmisión del objeto asegurado. La desaparición de un elemento causal del contrato de seguro (el interés) le hace inclinarse a favor de la primera solución. Ahora bien, como con la declaración de quiebra, no hay variación alguna en la titularidad del objeto asegurado, la interpretación del pacto de derogación necesariamente tiene que ser otra. La Ley, aunque en términos desafortunados, permite a las partes en los casos de transmisión, declaración de quiebra, etc., decidir sobre el futuro del contrato. Más que en la formulación del régimen legal o del pacto, «subrogación» o «no subrogación», el intérprete debe reparar en los efectos perseguidos en uno y otro caso: consentir la subsistencia o pactar lo contrario; en otros términos, decidir la continuación o la extinción del contrato. Esta se configura como efecto inherente al pacto de derogación, y es la única interpretación compatible con los intereses que, por su relevancia, son objeto de tutela por el legislador. Cuando el asegurador pacta «la inaplicabilidad del artículo 34.I, inciso 1.º, de la LCS» o «la no subrogación», es por una razón evidente: declarada la quiebra, no

1.1.2. La facultad de denuncia (*anticipada*) del contrato

El contrato de seguro que continúa o subsiste tras la declaración de quiebra del tomador (o asegurado) puede llegar a extinguirse anticipadamente si las partes ejercen la facultad de denuncia reconocida a su favor en el artículo 35 de la LCS.

quiere continuar prestando cobertura por más tiempo. De lo contrario, no tendría sentido diferenciar en la Ley, por un lado, el pacto de derogación (art. 34.I, inc. 2.º, de la LCS), y, por otro, el régimen legal de subsistencia o continuación del contrato con facultad de denuncia (arts. 34.I, inc. 1.º, y 35 de la LCS). El pacto de derogación y el régimen legal tienen diversa finalidad: con el pacto de derogación el contrato se extingue; con el régimen legal el contrato subsiste o continúa automáticamente, de forma temporal o definitiva, según se ejerza o no la facultad de denuncia, respectivamente. Resulta lógico concluir, pues, que, en relación con la quiebra, el verdadero sentido del pacto de derogación es evitar el efecto de la subsistencia o continuación del contrato: declarada la quiebra, existiendo este pacto en las condiciones generales, el contrato no continúa o, lo que es lo mismo, se extinguirá a partir de ese instante, con lo cual, evidentemente, no existirá *subrogación atécnica*.

También se podrá acordar la extinción del contrato a un plazo desde la transmisión del objeto asegurado o a un plazo desde la quiebra. El primer pacto requiere el previo acuerdo de las partes aceptando la conversión del seguro por cuenta propia en seguro por cuenta ajena. Con el pacto de conversión en seguro por cuenta ajena el titular del contrato desde la transmisión hasta la fecha de extinción será el transmitente, y el titular del objeto, el adquirente. Sin pacto de conversión, el contrato de seguro se extingue después de la transmisión por falta de interés del transmitente a la indemnización, pues en un seguro por cuenta propia no puede existir disociación entre la titularidad del contrato y la titularidad del objeto.

El pacto de extinción a un plazo desde la declaración de quiebra es menos problemático, si bien no se utiliza en la práctica. La declaración de quiebra no comporta cambios en la titularidad del contrato y del objeto. Desde la declaración de quiebra hasta la fecha del plazo de extinción la condición de tomador y asegurado recae sobre el quebrado. El contrato conserva la situación subjetiva característica del seguro por cuenta propia y el quebrado, el interés a la indemnización. No se requiere, por tanto, un acuerdo de conversión en seguro por cuenta ajena para la validez del pacto de extinción a un plazo desde la declaración de quiebra.

Por otro lado, en los contratos documentados en pólizas nominativas, tanto para los riesgos de cobertura obligatoria como no obligatoria, se puede pactar un régimen de subsistencia y denuncia diferente al contenido en los artículos 34 y 35 de la LCS. La admisibilidad del pacto no se fundamenta en el artículo 34.I, inciso 2.º, de la LCS, el cual sólo prevé un pacto de derogación del artículo 34.I, inciso 1.º, de la LCS (o extinción del contrato a causa de la declaración de quiebra) (sobre este tema, vid., en contra, SACRISTÁN REPESA: *Incidencia del concurso*, cit., p. 644), sino en el artículo 2, *in fine*, de la LCS. El carácter dispositivo del artículo 34.I, inciso 1.º, de la LCS, es, exclusivamente, a los efectos de «pacto en contra» de la subsistencia o continuación del contrato, no a los de modificar el contenido de los artículos 34 y 35 de la LCS. Siempre que no exista pacto en contra de la subsistencia o continuación del contrato, tendrán estos preceptos carácter imperativo, y, únicamente por aplicación del artículo 2, *in fine*, de la LCS, podrán las partes acordar un régimen de subsistencia y denuncia del contrato diferente al contenido en ellos. Según el mencionado artículo 2, dicho acuerdo será ineficaz salvo que prevea un régimen más favorable al tomador (o a segurado) que el de los artículos 34 y 35 de la LCS. Así, por ejemplo, deberá contener un derecho de denuncia a favor del tomador (o asegurado) en mejores términos que los propios del artículo 35 de la LCS.

A) *La facultad de denuncia del asegurador*

La Ley de Contrato de Seguro permite al asegurador denunciar el contrato «dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento» de la declaración de quiebra del tomador del seguro (o asegurado) (art. 35.I).

A fin de posibilitar ese conocimiento, se pone a cargo del depositario de la quiebra el deber de comunicar por escrito al asegurador la declaración judicial de quiebra (art. 34.II, *in fine*, de la LCS), el cual no es más que una manifestación de un deber más general: aquel por cuya virtud los cambios que agravan las circunstancias del riesgo deben comunicarse al asegurador (art. 11 de la LCS) (41). La Ley no considera suficientes las medidas de publicidad registral y extraregistral de la quiebra e impone al depositario de la quiebra ese deber de comunicación. La finalidad de esta específica comunicación es permitir al asegurador tomar conocimiento de la declaración de quiebra y acomodar sus expectativas negociales a esta nueva circunstancia: bien permitirá que continúe, bien propondrá la modificación del contrato, o bien, por el contrario, lo denunciará. El *plazo* legalmente previsto para comunicar al asegurador o a sus representantes la declaración de quiebra es de quince días, a contar desde la fecha del auto de declaración.

Los *efectos de la falta de comunicación* en tiempo legal oportuno vienen regulados en dos clases diferentes de normas: las que establecen con carácter general los efectos del incumplimiento de las obligaciones (art. 1.101 del Cc.) y las que específicamente prevén el incumplimiento del deber de comunicar al asegurador las circunstancias que agravan el riesgo (art. 12.II de la LCS, en relación con el art. 11 de la LCS).

(41) En general, sobre la comunicación de la agravación del riesgo vid. CASTELLANETA, G.: *L'avviso all'assicuratore dell'aggravamento del rischio*, en «Assicurazioni», 1981, I, pp. 60 a 99; y concretamente sobre el artículo 11 de la LCS, vid. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 183 y ss.

La doctrina española resuelve el problema de la naturaleza de la comunicación de la agravación del riesgo calificándola como un *deber*: GARRIGUES «Contrato de seguro terrestre», *cit.*, pp. 155 y ss.; SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 134 y 184. La tesis contraria es defendida en el Derecho italiano por CASTELLANETA (*ob. cit.*, pp. 76 y s.), quien, después de un detenido análisis de la diferente naturaleza del deber (o carga) y de la obligación, concluye que la obligación de comunicar no la impone el ordenamiento jurídico en interés del tomador (o asegurado) para permitirle el ejercicio de un derecho (finalidad del deber o carga), sino en interés del asegurador, a fin de que pueda denunciar el contrato (finalidad de la obligación: comportamiento impuesto por la Ley a un sujeto en tutela de intereses ajenos).

El propio artículo 11 de la LCS establece el criterio para determinar qué se entiende por circunstancias agravatorias del riesgo: «... sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas».

Si el siniestro no se produce, los efectos del incumplimiento del deber de comunicar son los propios de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al asegurador por contravenir el depositario el tenor de la obligación legal de comunicación. El asegurador tendrá derecho, en base al artículo 1.101 del Código civil, a exigir al tomador (o asegurado) quebrado una indemnización proporcional al perjuicio que le ocasiona el incumplimiento del deber de comunicar (42), perjuicio que difícilmente llegará a probar. Dos son los parámetros para fijar la indemnización: de un lado, el tiempo que media entre la declaración judicial de quiebra y el momento de la modificación o extinción del contrato; de otro, la diferencia entre la prima pactada en la póliza y la prima aplicable a la nueva situación en que se encuentra el objeto asegurado después de la agravación del riesgo que objetivamente comporta la quiebra o las medidas que, como consecuencia de la quiebra, se adopten.

Al caso de acaecimiento del siniestro se refiere el artículo 12.II, *in fine*, de la LCS, que prevé los efectos que en tal caso produce el incumplimiento del deber de comunicación. Este precepto entrará en juego cuando ocurra un siniestro sin haber realizado el depositario esa preceptiva comunicación, salvo que, en el momento de ocurrir el siniestro, el plazo de los quince días siguientes a aquel en que el asegurador haya tenido conocimiento —por cualquier otro medio— de la declaración de quiebra, hubiere transcurrido sin que éste haya denunciado el contrato (arg. *ex art.* 35.1 de la LCS). Si hecha la oportuna comunicación ocurre el siniestro, el asegurador tendrá las facultades del artículo 35.I de la LCS, es decir, podrá denunciar el contrato (o proponer su modificación con arreglo al art. 12.I de la LCS), pero nunca acogerse a los efectos de la falta de comunicación al haberse realizado ésta en tiempo y forma.

La Ley distingue los efectos de la falta de comunicación según exista buena o mala fe por parte de los obligados a realizarla (art. 12.II, *in fine*). Si actúan con buena fe, se reducirá la prestación del asegurador en proporción a la «diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo». Si actúan de mala fe, «el asegurador queda librado de su prestación».

(42) En este sentido, la resolución de 17 de marzo de 1981 sobre *condiciones generales para las pólizas* (derogada por el *Real Decreto 1.348/1985*, de 1 de agosto, por el que se aprueba el *Reglamento de ordenación del seguro privado*) establecía que «el tomador del seguro y, en su caso, el asegurado o beneficiario tienen las obligaciones y deberes siguientes: ... en caso de transmisión del objeto asegurado, comunicar por escrito al adquirente la existencia del seguro de la cosa transmitida y, una vez verificada la transmisión, comunicarlo también por escrito al asegurador o a sus representantes, en el plazo de quince días, con los efectos previstos en los artículos 34 y 35. También será aplicable este deber a los casos de muerte, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o de asegurado» (estipulación 10 e). «En caso de incumplimiento de los mencionados deberes, el asegurador sólo podrá reclamar daños y perjuicios, salvo que la Ley disponga otra cosa» (estipulación 11).

Naturalmente, la disminución patrimonial, tanto en los supuestos de buena fe (reducción de la indemnización) como de mala fe (pérdida del derecho a la indemnización) afecta a la masa de la quiebra. Los acreedores del quebrado o de la masa, o el propio tomador quebrado, sin embargo, pueden reclamar al depositario —en cuanto obligado a cumplir con el deber de comunicación—, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de este deber (43).

La comunicación en fecha posterior al plazo de quince días desde la declaración de quiebra debe servir, a partir de esa fecha, como presunción favorable de actuación de buena fe del obligado a realizar la comunicación y como límite temporal para calcular la cuantía de la indemnización del artículo 1.101 del Código civil.

Para la denuncia del contrato, la entidad aseguradora dispone del *plazo* de quince días a partir del conocimiento, sea éste consecuencia o no de la comunicación (44). El plazo es de caducidad: no denunciar el contrato en el plazo legal oportuno conlleva la pérdida del derecho.

En cuanto a la *forma* de la denuncia, la Ley exige notificación escrita al interesado (art. 35.1 de la LCS), lo cual es conveniente a efectos de prueba. Siempre que respete la forma escrita tendrá el asegurador libertad en cuanto al medio de notificación. El destinatario de la notificación es la otra parte del contrato, es decir, el tomador (o asegurado) quebrado, pero, por encontrarse éste inhabilitado, se dirigirá a los órganos de administración y representación de su quiebra.

Los *efectos de la denuncia* son los dos siguientes:

1.º Subsistência del contrato durante el mes siguiente a la notificación de la denuncia. Los efectos extintivos del contrato no se pro-

(43) Cuando no se produce el siniestro, el tomador (o asegurado) quebrado (o sus acreedores) podrán exigir el depositario, por aplicación del artículo 1.101 del Código civil, una indemnización proporcional a los daños y perjuicios causados a la masa por el incumplimiento del deber de comunicar la declaración de quiebra.

El fundamento de esta reclamación (responsabilidad civil) *contra el depositario* podría encontrarse en las normas del mandato (art. 1.718.I del Cc.) y el depósito (art. 1.766 del Cc.) (vid. RAMÍREZ: «La quiebra», I, *cit.*, p. 445, nota 63). Evidentemente, al depositario no se le podrá exigir responsabilidad cuando, actuando con la diligencia propia de su cargo, desconozca, durante los quince días siguientes a la declaración de quiebra (plazo previsto en el art. 34.II de la LCS, para efectuar la comunicación al asegurador), la existencia de esa relación contractual asegurativa (arts. 1.719.II y 1.726, a *contrario sensu*, del Cc.).

Incumplir con mala fe el deber de comunicar al asegurador la declaración de quiebra (art. 11 de la LCS) causando daños a la masa (art. 12.II de la LCS: en caso de siniestro, pérdida de la indemnización) podrá contribuir a determinar la existencia de responsabilidad penal por fraude (art. 1.365 de la LECI).

(44) Vid. los artículos 1.044.5.º del viejo Código de comercio y 1.337 de la LEC.
En general, respecto a la publicidad de la quiebra vid. RAMÍREZ: «La quiebra», II, *cit.*, n. 309 y 310, pp. 584 y ss.; VACAS MEDINA, L.: *Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra*, en «Revista Derecho Procesal», XI, 1955, pp. 59 a 111, pp. 97 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: «Dictamen sobre la quiebra», *cit.*, pp. 168 y ss.; TOMÉ PAULÉ: *La publicidad de la declaración de quiebra necesaria*, en «Revista Derecho Procesal», III, 1967, pp. 131 a 167. Sobre publicidad registral vid. OLIVENCIAS, M.: «Publicidad registral de suspensiones y quiebras», Madrid, 1963.

ducen inmediatamente después de la notificación de la denuncia, sino que la Ley obliga al asegurador a continuar prestando cobertura durante un mes, a contar desde la notificación de la denuncia (art. 35.I). Consecuentemente, si en este plazo de tiempo ocurre el siniestro, los órganos de administración y representación de la quiebra tendrán derecho a exigir al asegurador la correspondiente indemnización.

2.^º Obligación de restituir, en su caso, parte de la prima percibida. El artículo 35.I, *in fine*, de la LCS resuelve exclusivamente el problema de las primas periódicas relativas a «períodos» posteriores al que está en curso un mes después de notificar la denuncia del contrato (45). En efecto, está claro que el asegurador no tiene derecho a reclamar el pago de estas primas periódicas (46). Ahora bien, aún queda por resolver el problema de la prima periódica correspondiente al período en curso después del mes posterior a la notificación de la denuncia.

Podría pensarse que la Ley no prevé específicamente esta hipótesis por entender que el principio de la indivisibilidad de la prima resuelve de forma indirecta la cuestión (47). Al ser la prima indivisible, el asegurador no debe restituir la parte de prima periódica correspondiente al tiempo que media entre el mes posterior a la notificación de la denuncia y el último día del período en curso. Sin embargo, y a pesar

(45) A los efectos del cálculo de la prima la duración total de un contrato de seguro se divide generalmente en una serie de unidades de tiempo. Son los *períodos de seguro*, a cada uno de los cuales corresponderá una prima periódica.

Sobre el concepto de prima única y prima periódica vid. DONATI: «Trattato», II, *cit.*, n. 436, pp. 340 y ss.; GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre», *cit.*, p. 115; SANCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 224 y 312.

(46) El término «restituir» supone que el asegurador ya ha percibido la prima. Se confirma así la idea de que no está pensando en las primas periódicas posteriores a la que está en curso una vez notificada la denuncia del contrato al asegurador, con lo cual difícilmente se podrá hablar de la obligación de restituirlas. Sólo en los extraños supuestos en que se hayan satisfecho anticipadamente habrá obligación de restituir.

Como regla general (art. 14 de la LCS) existe obligación de pagar *anticipadamente la prima única o la primera prima* (periódica). No obstante, el artículo 15.I, *in fine*, de la LCS permite a las partes pactar en contra del pago anticipado: el asegurador puede obligarse a satisfacer la indemnización, aunque no se le haya satisfecho la prima única o la primera prima periódica antes de producirse el siniestro.

(47) «La indivisibilidad significa que la prima se paga por entero al comienzo de cada período del seguro, y que no puede ser reducida ni devuelta, si el riesgo ha comenzado a correr, aunque el contrato se extinga en el curso de aquel período» (GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre», *cit.*, p. 104). Vid. DONATI: «Trattato», II, *cit.*, n. 450, pp. 363 y ss.; BENITEZ DE LUGO: «Tratado de seguro», I, *cit.*, n. 149. pp. 320 y ss.; BRACCIODIETA, A.: «La divisibilità del premio di assicurazione», Napoli, 1973, pp. 1 a 73. Solamente el artículo 24 de la Ley federal suiza sobre el contrato de seguro formula expresamente este principio: «Salvo disposición contraria del contrato o de la presente ley, la prima convenida para un período de seguro en curso se debe por entero, incluso si el asegurador no ha cubierto el riesgo durante una parte de este período» (vid. BRUCK, E.: «Legislazione mondiale sulle assicurazioni private», VI, «Legislazione svizzera», Roma, 1937, n. 60, p. 43; KOENIG: «Droit des assurances», *cit.*, n. 13, pp. 43 y ss.).

de la importancia que el referido principio tiene en el derecho del seguro, esta interpretación absoluta del principio de indivisibilidad de la prima no es correcta: la indivisibilidad puede originar una falta de equilibrio en las contraprestaciones propias de la relación asegurativa. Un contrato de seguro oneroso para ambas partes, asegurador y tomador (o asegurado), puede convertirse en gratuito para una de ellas, concretamente para el asegurador, que tendría derecho al importe íntegro de la prima periódica y quedaría liberado de la obligación de indemnizador (se extinguiría la relación contractual) pasado un mes después de la denuncia, con total independencia de que aún esté en curso el período correspondiente a la prima cuyo importe ha recibido o tiene derecho a recibir. Por otro lado, la propia Ley utiliza una terminología que no cierra el paso a una interpretación favorable a la divisibilidad de la prima (art. 35.1, *in fine*, de la LCS). Técnicamente, la expresión legal es poco afortunada. A cada uno de los períodos de duración del contrato corresponde una prima periódica y, si se afirma que el término «períodos» se refiere a los posteriores al que está en curso, no se podría hablar de una restitución de la *parte de prima*, sino de restitución de las primas periódicas correspondientes a los períodos posteriores al que está en curso un mes después de la notificación de la denuncia. Consecuentemente, estas primas periódicas no se restituirían en *parte*, sino íntegramente, caso de haber sido pagadas anticipadamente. De ahí que la expresión legal tenga que ser interpretada necesariamente en sentido favorable al reconocimiento de una excepción al principio de la indivisibilidad de la prima (48). El asegurador restituirá «la parte de prima» en propor-

(48) El principio de indivisibilidad de la prima no es absoluto. En la legislación española anterior a la Ley de Contrato de Seguro de 1980, ya señalaba BENÍTEZ DE LUGO («Tratado de Seguros», I, *cit.*, n. 149, pp. 320 y ss) algunas modificaciones del «principio de la posible división de la prima...»: Orden de 28 de junio de 1935 y Ordenes ministeriales de 2 de agosto de 1933, de 8 de julio de 1948 y de 19 de enero de 1950. La doctrina posterior a la Ley del Contrato de Seguro admite que los supuestos del artículo 35.1, *in fine*, junto con otros —por ejemplo, los previstos en los artículos 12 y 13.II—, constituyen auténticas excepciones al principio de indivisibilidad (cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 103, 221, 315 y 468; CANO ESCUDERO: «Derecho español de seguros», I, Madrid, 1983, pp. 467 y s. En la estipulación 17.II de la ya derogada Resolución de 17 de marzo de 1981 sobre *Condiciones generales para las pólizas de seguro contra incendios y daños en general*, se establecía una clara excepción al principio de indivisibilidad de la prima: rescindido el contrato por el asegurador después de la comunicación de cada siniestro, «... deberá (el asegurador) reintegrar al tomador la parte de prima correspondiente al tiempo que media entre la fecha de efecto de la rescisión y la de expiración del período de seguro cubierto por la prima satisfecha».

Los precedentes normativos de las excepciones al principio de indivisibilidad de la prima se encuentran en la Ley francesa de 13 de julio de 1930: entre otras, las normas relativas al supuesto de denuncia del contrato por quiebra (art. 18), al supuesto de transmisión de la cosa asegurada (art. 19), etc. ANCEY y SICOT («La Loi sur le contrat d'assurance», *cit.*, pp. 72 y s.) no consideraban en estos supuestos la prima como indivisible. Sobre el principio de la divisibilidad de la prima (cfr. BESSON: «Le contrat d'assurance», *cit.*, n. 98, pp. 169 y s.; MARGEAT y FAVRE-ROCHEX: «Pré-

ción al tiempo transcurrido desde el mes siguiente a la notificación hasta el día de finalización de ese período (49). La equidad de las obligaciones recíprocas inherentes a la relación asegurativa se logra a través del principio de proporcionalidad entre «la parte de prima» a que tiene derecho el asegurador y el tiempo durante el cual realmente presta su cobertura (50). Lógicamente, este principio también resulta aplicable a las primas únicas. Pues bien, conforme a la interpretación expuesta, la Ley resuelve el problema de las primas (únicas o periódicas) relativas a contratos de seguro en vigor en el mes posterior a la notificación de la denuncia: en el supuesto de que el asegurador ya hubiese cobrado la prima, deberá restituir a la masa de la quiebra del tomador (o asegurado) la parte proporcional al tiempo que va desde el mes posterior a la notificación de la denuncia hasta el último día de vigencia del contrato (prima única) o del período en curso (prima periódica). El asegurador que aún no haya cobrado la prima, además de tener derecho a cobrar la parte proporcional al tiempo transcurrido hasta la declaración de quiebra, podrá exigir la parte proporcional al tiempo comprendido entre el día de la declaración de quiebra y el mes posterior a la notificación de la denuncia, y sólo esa parte. Como la cobertura del asegurador cesa un mes después de la notificación de la denuncia, la cuantía de la prima única o periódica a satisfacer al asegurador será proporcional a la duración de la cobertura que presta.

B) *La facultad de denuncia del tomador del seguro*

La Ley reconoce al tomador del seguro la misma facultad que al asegurador: denunciar el contrato de seguro (art. 35.II de la LCS). Dado que esta norma (norma remitida) regula el supuesto de transmi-

cis de la Loi sur le contrat d'assurance», *cit.*, n. 152, p. 122; LAMBERT-FAIVRE, V.: «Droit des assurances», París, 1982, 4.^a ed., n. 165, pp. 246 y ss.; JACOB: «Les assurances», *cit.*, n. 133, pp. 118 y ss). En el vigente Código de seguros francés se encuentran típicas manifestaciones de este *principio de divisibilidad de la prima*: denuncia del contrato en caso de agravación del riesgo (art. L.113-4), de quiebra (art. L.113-6), de enajenación de la cosa asegurada (art. L.121-10), de omisión o declaraciones inexactas del riesgo (art. L.113-9), etc.

En la doctrina italiana vid. estos supuestos de divisibilidad de la prima en BRACCIODIETA: «La divisibilità del premio di assicurazione», *cit.*, pp. 75 y ss.

(49) En esta línea se encuentra el artículo 54.III de la Ley federal suiza sobre el Contrato de seguro: «El asegurador tiene derecho a denunciar el contrato... El asegurador debe restituir al adquirente la prima correspondiente al tiempo de seguro no transcurrido»; y el artículo L.113-6 del Código de seguros francés: «... la masa y el asegurador conservan, no obstante, el derecho a denunciar el contrato...: la parte de prima relativa al tiempo durante el cual el asegurador no cubre el riesgo será restituída a la masa».

(50) Solución correctora también defendida por SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, p. 468.

sión del objeto asegurado, es preciso delimitar su alcance cuando se aplica por mandado del artículo 37 de la LCS (norma de remisión) a los supuestos de quiebra.

El artículo 35.II de la LCS confiere la facultad de denunciar el contrato al «adquirente de (la) cosa asegurada». La expresión legal parece adaptarse sólo a los seguros por cuenta propia, donde, al coincidir en una misma persona la condición de titular del contrato (tomador) y del interés (asegurado), no se producen problemas a la hora de individualizar al titular de la facultad de denuncia. Por el contrario, si se trata de una transmisión del objeto asegurado y el contrato de seguro es por cuenta ajena, la aplicación literal del artículo 35.II de la LCS llevaría a atribuir la facultad de denuncia al «adquirente de (la) cosa asegurada», lo cual es, ciertamente, imposible al no ser lógico que ejerzte la facultad de denuncia quien no es titular del contrato. De ahí que hubiese sido técnicamente más apropiado referir la facultad de denuncia al titular del contrato o al que se subroga en la posición del anterior titular del contrato, es decir, al que ocupa la posición del tomador del seguro en el instante de denunciar el contrato.

En los supuestos de quiebra se simplifica en gran medida la problemática apuntada. Como con la declaración de quiebra no existe transmisión del objeto ni cambios en la titularidad del contrato es imposible aplicar literalmente el artículo 35.II de la LCS. Sólo en base a la subrogación atécnica de los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador (o asegurado) podría hablarse de «adquisición» por estos órganos del ejercicio de los derechos y obligaciones de titularidad del tomador (o asegurado) quebrado.

El depositario (o la sindicatura), una vez obtenida la autorización (51) para poner fin a la relación asegurativa, deberá comunicar por escrito la denuncia al asegurador. El cumplimiento de esta exigencia formal condicionará la eficacia de la denuncia.

El plazo para denunciar es de quince días, contados desde que los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador (o asegurado) conocieron la existencia del contrato (art. 35.II de la LCS). En la quiebra del tomador (o asegurado) la determinación del *dies a quo* será un problema de difícil solución. El tomador (o asegurado) quebrado deberá comunicar a los órganos de administración y representación —subrogados atécnicamente— la existencia del contrato de seguro. El depositario (o la sindicatura) tendrá así conocimiento del contrato. Esta solución no es complicada ni insegura: el tomador (o asegurado) quebrado está inhabilitado para admi-

(51) La denuncia del contrato por el depositario debe estar previamente autorizada por los órganos de dirección, vigilancia y jurisdicción de la quiebra. La previa autorización podría fundamentarse en los artículos 1.333, 1.352, 1.357 y 1.360 de la LEC y 1.045-1.^º y 2.^º del C. de c. de 1829. Tal vez bastaría someter la denuncia del contráto a la inspección del Comisario de la quiebra (art. 1.045-5.^º del C. de c. de 1829).

nistrar sus bienes y derechos, pero tiene el deber de colaborar con los órganos de la quiebra (52). Una manifestación concreta de ese deber (53) es precisamente comunicarles la existencia del contrato. El quebrado debe colaborar con los órganos de administración y representación al objeto de facilitar a éstos un conocimiento preciso de los contratos en curso en el momento de la declaración de quiebra. El incumplimiento de este deber —en caso de fuga, por ejemplo— no impide que los órganos concursales conozcan la existencia del contrato, a través de las operaciones de ocupación e inventario de los bienes del quebrado (arts. 1.044-3.^a y 1.046-3.^a del C. de c. de 1829). En este caso, el plazo de quince días para denunciar el contrato comenzará a contarse a partir de la evidencia de un documento que haga referencia a la póliza suscrita por el tomador (o asegurado) antes de ser declarado en quiebra y del cual necesariamente tenga conocimiento el depositario o los síndicos, esté o no recogido en el inventario provisional o en el definitivo (54).

Los efectos de la denuncia del contrato por los órganos de admi-

(52) Vid. los artículos 1.046-2.^º, 1.048.II y 1.080 del viejo Código (art. 1.046-2.^º: el quebrado podrá asistir a la ocupación de su escritorio o despacho; art. 1.048.II: podrá asistir a la diligencia de examinar sus libros y papeles; art. 1.080: será citado para la formación del inventario). En los artículos 1.046-2.^º y 1.048.II, la asistencia se configura como una facultad del quebrado («podrá asistir»: asistencia potestativa); en cambio, según el artículo 1.080, los síndicos deberán citar al quebrado para la formación del inventario y éste deberá asistir. En este artículo tal vez se encuentra el apoyo legal para fundamentar el deber de colaboración del quebrado con los órganos de la quiebra.

De todas formas, se echa en falta en nuestra legislación una disposición que establezca, claramente y con carácter general, un deber de colaboración del quebrado. Es cierto que el artículo 889-3.^º del Código de comercio reputa quebrado culpable, salvo prueba en contrario, al deudor que «dejare de presentarse personalmente en los casos en que la Ley le impone esta obligación, no mediando legítimo impedimento», pero también lo es que el propio artículo 889-3.^º exige, además, la concurrencia de otro requisito para poder calificar esta quiebra de culpable: la ausencia del quebrado «al tiempo de la declaración de quiebra o durante el progreso del juicio»; con lo cual, según este artículo en relación con el 1.080 del viejo Código, el quebrado (ausente, ocultado o fugado) se reputará culpable si no asiste por sí o por medio de apoderado a la formación de inventario.

(53) Además, en algunos preceptos del Código de comercio de 1829 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen al quebrado determinados deberes de información de su situación patrimonial. El quebrado deberá acompañar la solicitud de quiebra voluntaria, entre otros documentos, con un balance general de sus negocios: «... descripción valorada de todas las pertenencias en bienes, muebles o inmuebles, efectos y géneros de comercio, créditos y derechos de cualquier especie que sean, así como igualmente de todas sus deudas y obligaciones pendientes (arts. 1.018 y 1.019 del C. de c. de 1829 y 1.324 de la LEC); si el quebrado no lo presentase se le mandará hacerlo (art. 1.060 del C. de c. de 1829). En los casos de *quiebra necesaria* también se le impondrá la elaboración de este balance (arts. 1.060 del C. de c. de 1829 y 1.341 de la LEC). En cualquiera de las dos quiebras (voluntaria o necesaria), si el quebrado no forma el balance («por ausencia, incapacidad o negligencia») se nombrará un comerciante experto que lo forme (art. 1.061 del C. de c. de 1829). Sobre estos deberes del quebrado vid. GARCÍA VALDECASAS: «Dictamen sobre la quiebra», *cit.*, pp. 370 y s.

(54) Durante el procedimiento de quiebra se forman dos inventarios: primero, el *provisional*, realizado por el Comisario y entregado al depositario (arts. 1.046-3.^a

nistración y representación de la quiebra del tomador (o asegurado) son dos:

1.º La extinción del contrato de seguro. Con el ejercicio de la facultad de denuncia se extingue inmediatamente el contrato de seguro, quedando el asegurador liberado de prestar cobertura a partir de la recepción de la notificación de denuncia.

2.º El asegurador adquiere definitivamente derecho «a la prima correspondiente al período que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión» (art. 35.III de la LCS). Esta consecuencia —que constituye un efecto de la extinción anticipada del contrato al servicio de la racionalización y organización de la empresa de seguros— deberá ser valorada por los órganos de administración y representación de la quiebra a la hora de adoptar la correspondiente decisión. Mientras que, en caso de denuncia por parte del asegurador se impone a éste la obligación de restituir la parte de la prima relativa a «períodos» sin cobertura, en caso de denuncia por dichos órganos el asegurador tiene derecho a la prima, única o periódica, según los casos, del trácto temporal cuya cobertura ya se hubiese iniciado.

Los órganos de administración y representación de la quiebra no podrán ejercer la facultad de denuncia una vez transcurridos quince días desde que conocieron la existencia del contrato. La falta de denuncia en tiempo legal oportuno tiene como efecto principal y directo la continuación definitiva de la relación asegurativa existente entre el tomador (o asegurado) quebrado y el asegurador. Hasta cumplirse ese plazo la continuación legal del contrato (art. 34.I de la LCS) tenía carácter provisional, precisamente por estar sometida a condición postestativa negativa.

1.1.3. Denuncia del contrato y reposición del auto de declaración de quiebra

El primer efecto de la reposición del auto de declaración de quiebra es la revocación de la quiebra (art. 885 del C. de c.), es decir, «dejar sin efecto la declaración de quiebra» (art. 1.331 de la LEC) (55). La reposición surte efectos *ex tunc*: la declaración de quiebra «se tiene por no hecha, y no produce efecto alguno legal» (art. 1.034 del C. de

del C. de c. de 1829 y 1.334 de la LEC); después, el *definitivo*, elaborado por los síndicos (art. 1.079 del C. de c. de 1829); cfr. URÍA: «La quiebra», *cit.*, pp. 151 a 154, p. 153; GUASP: «La quiebra», *cit.*, pp. 229 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: «Dictamen sobre la quiebra», *cit.*, pp. 366 a 370, p. 368.

(55) En general, sobre los modos de terminación de la quiebra vid. GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», II, *cit.*, pp. 496 y ss.; RAMÍREZ: «La quiebra», III, *cit.*, n. 417 a 493, pp. 7 y ss.; en particular respecto a la reposición del auto de declaración de quiebra vid. GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», II, *cit.*, p. 497; URÍA: «Dictamen» *cit.*, pp. 55 y ss.; Id., «Derecho mercantil», *cit.*, n. 876, p. 847; RAMÍREZ: «La quiebra», I, *cit.*, n. 160 a 174, pp. 769 y ss., y III, *cit.*, n. 437 a 439, pp. 68 y ss.; VACAS MEDINA: *Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra*, *cit.*, pp. 100 y ss.; TORRES DE CRUELLS, J.: *La reposición de la declaración de*

c. de 1829), y el quebrado repuesto (tomador o asegurado) será reintegrado en sus derechos (art. 1.331 de la LEC) (56). Con la reposición del auto de declaración de quiebra la denuncia del contrato, realizada por el asegurador o por los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador (o asegurado), deberá considerarse no hecha. Es como si nunca se hubiese denunciado el contrato de seguro. Podrá exigir el asegurador el pago íntegro de la prima pactada, y el quebrado repuesto (tomador o asegurado), mientras esté vi gente el contrato, la correspondiente indemnización en caso de siniestro, incluso por aquél ocurrido en el período comprendido entre la denuncia del contrato y la reposición del auto de declaración de quiebra (57).

1.2. Pólizas a la orden o al portador

La remisión del artículo 37 de la LCS se refiere también al supuesto de pólizas a la orden o al portador (art. 36 de la LCS). En estos casos, declarada la quiebra del tomador (o asegurado), se aplica el régimen de continuación o subsistencia del artículo 34.I de la LCS, sin posibilidad de pacto en contrario (58) y sin posibilidad de denun-

quiebra, en «Revista Derecho Procesal iberoamericano», 1957, pp. 941 a 966; GUASP, J.: «La quiebra de la "Barcelona Traction, Light And Power C.º, Ltd"», Madrid, 1952, pp. 134 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: «La quiebra», *cit.*, pp. 175 y ss.; POLO y BALLBÉ: «La quiebra», *cit.*, pp. 100 y ss.

(56) Cfr. GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», II, *cit.*, p. 497; RAMÍREZ: «La quiebra», I, *cit.*, n. 169, p. 813, y III, *cit.*, n. 439, pp. 73 y ss.; en contra, BELTRÁN: «Las deudas de la masa», *cit.*, n. 39, pp. 254 y ss.

(57) Antes de la reposición del auto de declaración de quiebra es posible que los órganos de administración y representación hayan contratado un seguro cuya cobertura (riesgo, interés y tiempo) sea la misma que la del contrato denunciado después de la declaración de quiebra por el asegurador o los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador (o asegurado). Aplicando los artículos 1.034 del viejo Código de comercio y 1.331 de la LEC la denuncia de este último contrato quedaría sin efecto; pero el contrato celebrado por los órganos de administración y representación en modo alguno puede entenderse sin efecto. Se produciría entonces un supuesto típico de los contemplados en el artículo 32 de la LCS: seguro doble (también llamado seguro múltiple o cumulativo). Sobre estos conceptos y diferenciación de figuras afines vid., por todos, GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre», *cit.*, pp. 190 y ss.; MENÉNDEZ, A.: *Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro*, en «Revista Derecho Mercantil», núm. 74, 1959, pp. 217 a 242; SOTGIA, S.: *Assicurazione plurima, coassicurazione, doppia assicurazione*, en «Assicurazioni», 1953, I, pp. 3 a 40. No obstante, el deudor podrá exigir a los acreedores que hubiesen solicitado la declaración de quiebra con «malicia, falsedad o injusticia manifiesta» una indemnización proporcional a los daños y perjuicios que le causa el pago de las primas del segundo contrato (arts. 885 del C. de c. y 1.332 de la LEC). Respecto a los presupuestos de esta acción, procedimiento a seguir y cuantía de la indemnización, vid. RAMÍREZ: «La quiebra», I, *cit.*, n. 170 a 174, pp. 814 y ss.; VACAS MEDINA: «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebras», *cit.*, pp. 105 y ss.; GUASP: *La quiebra*, *cit.*, pp. 110 y ss.; POLO y BALLBÉ: «La quiebra», *cit.*, pp. 97 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: «Dictamen sobre la quiebra», *cit.*, pp. 232 y ss.

(58) Sólo se admite este pacto en contra, como se ha tenido oportunidad de analizar, en los contratos de seguro documentados en pólizas nominativas para riesgos de cobertura no obligatoria (art. 34.I, *in fine*, de la LCS).

ciar el contrato. En efecto, los contratos de seguro documentados en pólizas a la orden o al portador no podrán ser denunciados por «transmisión del objeto asegurado» (art. 36 de la LCS) o por «muer-te, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del toma-dor del seguro o del asegurado» (art. 36 de la LCS por remisión del art. 37 de la LCS): continuarán produciendo efectos durante el tiempo pactado en la póliza, sin afectar al contrato la declaración de quiebra del tomador (o asegurado) (59).

2. LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA Y EL CONTRATO DE SEGURO POR CUENTA AJENA

Una interpretación literal y sistemática de la Ley de Contrato de Seguro, concretamente de sus artículos 7 y 37, permite afirmar que la norma contenida en el último de estos artículos contempla los si-

(59) En este tipo de pólizas a la orden o al portador sería muy discutible reconocer al asegurador el derecho a proponer la modificación del contrato y, posteriormente, si el tomador (o asegurado) en los plazos legalmente establecidos guarda silencio o rechaza la propuesta de modificación, el derecho a denunciar el contrato (art. 12.I de la LCS). En la práctica el juego de esta norma podría generar una situación de fraude de la prohibición de denunciar del artículo 36 de la LCS cuando el asegurador proponga modificaciones desproporcionadas a los cambios en las circunstancias del riesgo, que el tomador se ve imposibilitado de aceptar, con lo cual el asegurador, a tenor del artículo 12.I, *in fine*, de la LCS, podrá denunciar el contrato. Semejante peligro se evitará imponiendo al asegurador la obligación de atenerse en la elaboración de la propuesta de modificación a los criterios objetivos y notorios por él establecidos para fijar la cuantía de las primas.

En las dos versiones de los Anteproyectos (arts. 39 y 34, primera y segunda versión, respectivamente), y en el Proyecto de Ley de Contrato de seguro (art. 35) se establecía: «Las pólizas a la orden o al portador no se pueden rescindir por transmisión del objeto asegurado. En este caso cesarán los deberes de notificación previstos en el artículo ...». Posteriormente, tras la aprobación de una enmienda (núm. 175) presentada en el Congreso de los Diputados por el *Grupo Socialista de Catalunya* a este artículo 35 del Proyecto de Ley se elimina el último inciso: «En este caso cesarán los deberes de notificación previstos por el artículo ...». La motivación de esta enmienda decía así: «Se suprime el último inciso de este artículo, ya que no hay razones para eximir del cumplimiento del deber de comunicar al asegurador la transmisión del objeto ase-gurado, aunque aquí la comunicación sea una simple notificación sin efectos especiales.» La frase «sin efectos especiales» sólo puede significar la no previsión por la Ley de efectos particulares para el incumplimiento en los supuestos de pólizas a la orden o al portador del deber de comunicar al asegurador la transmisión del objeto, la declara-ción de quiebra, etc.; los efectos, por tanto, serán los normales de indemnizar al asegurador los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento del deber de comuni-car la declaración de quiebra, es decir, los derivados de la aplicación del artículo 1.101 del Código civil.

La aprobación de esta enmienda proponiendo la supresión del inciso «en este caso cesarán los deberes de notificación...» ratifica que el carácter instrumental del deber de comunicar al asegurador la transmisión del objeto asegurado, la declaración de quiebra, etc., no es sólo respecto a la facultad del asegurador de denunciar el contrato (sólo en las pólizas nominativas), sino también para hacer efectivo el resto de sus derechos en la relación asegurativa (en todo tipo de pólizas: nominativas, a la orden o al portador), como, por ejemplo, el derecho a co-brar las primas. Por el contrario, SÁNCHEZ CALERO («Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, p. 476) sostiene que en los supuestos de pólizas a la orden o al portador no subsisten los deberes de notificación previstos en el artículo 34.II de la LCS.

guientes supuestos: declaración de quiebra del tomador del seguro por cuenta propia (o asegurado), declaración de quiebra del tomador del seguro por cuenta ajena, y declaración de quiebra del asegurado (seguro por cuenta ajena) (60).

Los problemas surgidos a raíz de la declaración de quiebra del tomador del seguro o de la declaración de quiebra del asegurado, que tienen su origen en la propia estructura de los seguros por cuenta ajena, se resuelven teniendo presente que el artículo 7 de la LCS atribuye (en los seguros por cuenta ajena) los deberes y obligaciones al tomador (art. 7.II) y los derechos al asegurado (art. 7.III) (61), y

(60) Del artículo 383 del Código de comercio de 1829 («La póliza del contrato de seguro deberá contener:... 2º El concepto en el cual se asegura») se deducía esta distinción entre seguro por cuenta propia y seguro por cuenta ajena (cfr. BENÍTEZ DE LUGO: «Tratado de seguros», I, *cit.*, n. 121, p. 267. ROCA GUILLEN, J.: *Los elementos personales en el contrato de seguro*, en «Revista de Derecho Mercantil», V, 1948, n. 14, pp. 189 a 222, p. 213). La Ley de Contrato de Seguro prevé expresamente en el artículo 7.I que «el tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena» (vid., GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre», *cit.*, pp. 68 y ss. URIA: «Derecho mercantil», *cit.*, n. 614, pp. 582 y ss. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, pp. 125 y ss. GARCÍA-LUENGO: *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, en «Revista de Derecho Mercantil», nn. 167-168, 1983, pp. 7 a 74. DEL CAÑO ESCUDERO, F.: «Derecho español de seguros», I, Madrid, 1983, 3.^a ed., pp. 421 y ss. RUIZ SÁNCHEZ, J. L.: «El peritaje en el seguro privado», Madrid, 1985, pp. 123 y ss.). En los seguros por cuenta propia la condición de contratante del seguro («tomador del seguro») y de titular del objeto asegurado («asegurado») coinciden en la misma persona; por el contrario, en los seguros por cuenta ajena «el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas» (cfr. art. 7 de la LCS).

En el artículo 41 de la primera versión del Anteproyecto se establecía que «en caso de quiebra del tomador del seguro o asegurado...»; el artículo 35 de la segunda versión ya recoge el tenor del artículo 37 de la Ley de Contrato de Seguro: «quiebra del tomador del seguro o del asegurado». La inclusión de la partícula «*del*» (asegurado) individualiza a éste frente al tomador del seguro, de forma que en los seguros por cuenta ajena la interpretación de esta norma (art. 37), desde una óptica literal o gramatical, debe admitir tanto la quiebra del tomador del seguro como la quiebra del asegurado. Algun autor, a los efectos de «la tutela equitativa de los intereses en juego», plantea la posibilidad de considerar la conjunción «*o*» como «copulativa, en lugar de como disyuntiva, o, simplemente, inexistente» (SACRISTÁN REPRESA: «Incidencia del concurso del asegurado o el tomador», *cit.*, p. 650). Si se repara en la primera versión del Anteproyecto («quiebra del tomador del seguro o asegurado») tal vez se pudiese sostener esta interpretación, pero la inclusión de la partícula «*del*» («quiebra del tomador del seguro o del asegurado») obliga al intérprete a considerar la conjunción «*o*» como disyuntiva.

Respecto a la naturaleza del seguro por cuenta ajena, además de los autores ya citados en esta nota, muy particularmente GARCÍA LUENGO: pp. 41 y ss., vid. DONATI: «Trattato», II, *cit.*, nn. 278 a 289, pp. 66 y ss. FERRI, G.: *L'assicurazione per conto nella teoria dei contratti*, en «Assicurazioni», 1952, I, pp. 375 a 384. FÉLIX MORANDI, J. C.: *Seguro por cuenta ajena*, en «Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garriges», II, Madrid, 1971, pp. 205 a 238. FANELLI, G.: *L'agire in nome altrui l'agire per conto altrui o di chi spetta en l'agire a beneficio di terzo nell'assicurazione*, en «Assicurazioni», 1973, I, pp. 3 a 40. VENDITTI, A.: «L'assicurazione di interessi altrui», Napoli, 1961.

(61) Sobre este artículo, vid. URIA: «Derecho mercantil», *cit.*, n. 614, pp. 583 y ss. SÁNCHEZ CALERO, «Comentario. Ley de Contrato de Seguros», *cit.*, pp. 131 y ss. GARCÍA-LUENGO: «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», *cit.*, pp. 54

que la titularidad del contrato de seguro por cuenta ajena y, por tanto, los derechos de disposición del contrato (reducir, rescindir, transigir, etc.) recaen sobre el tomador o contratante (62).

2.1. Pólizas nominativas

La declaración de quiebra del «tomador del seguro o del asegurado» no es causa de extinción del contrato de seguro documentado en pólizas nominativas. En los supuestos de declaración de quiebra del tomador continuará el contrato entre asegurador y tomador quebrado, a favor del asegurado; y en los supuestos de declaración de quiebra del asegurado continuará entre asegurador y tomador, con independencia de la quiebra del asegurado. Serán los órganos de administración y representación quienes ejerzan los derechos y cumplan las obligaciones inherentes a la posición ocupada por el quebrado (tomador del seguro o asegurado) en el contrato de seguro por cuenta ajena.

En estos contratos de seguros por cuenta ajena, al igual que en los contratos de seguro por cuenta propia, el contrato de seguro, que continúa o subsiste después de la declaración de quiebra del «tomador del seguro o del asegurado», puede extinguirse anticipadamente cuando las partes de la relación asegurativa ejerzan la facultad de denuncia reconocida a su favor en el artículo 35 de la LCS.

2.1.1. *La declaración de quiebra del tomador y la denuncia del contrato*

El artículo 34.II, *in fine*, de la LCS impone al «asegurado» el deber de comunicar al asegurador la declaración de quiebra. Esta norma tiene sentido en la única modalidad de seguros aparentemente contemplada en los artículos 34 y 35 de la LCS (los seguros por cuenta propia): al recaer la condición de tomador y asegurado en la misma persona, es indiferente, aunque confusa, la utilización de cualquiera de ambos términos para identificar al obligado a comunicar; pero resulta inaplicable a la declaración de quiebra del tomador del seguro por cuenta ajena, pues el deber de comunicar al asegurador esta declaración de quiebra no puede imponerse a quien está al margen de

y ss. El derecho a cobrar la indemnización corresponde al asegurado (arts. 7.III, 18.II, 26, 43.I, etc., de la LCS). En general, sobre el reparto de derechos y obligaciones frente al asegurador, vid. DONATI: «Trattato, II, cit., nn. 287 y 288, pp. 86 Y ss. FÉLIX MORANDI: «Seguro por cuenta ajena», cit., pp. 222 y ss. FANELLI: «L'agire in nome altrui», cit., pp. 24 y ss.

(62) Cfr. DONATI, «Trattato», II, cit., n. 286, pp. 85 y ss., n. 288, p. 90. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», cit., p. 132. CASTELLANO, C.: «Le assicurazioni private», Torino, 1970, pp. 116 y ss. FÉLIX MORANDI: «Seguro por cuenta ajena», cit., p. 227.

ella, como ocurre con el «asegurado». Sí puede imponerse, por el contrario, a los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador (concretamente al depositario), quienes no sólo tienen conocimiento de la declaración de quiebra de este sujeto y del contrato de seguro por él suscrito, sino que, además, se encuentran subrogados legal y atácticamente en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones titularidad de este tomador quebrado (63).

El artículo 35 de la LCS faculta al asegurador y al «adquirente de (la) cosa asegurada» a denunciar el contrato. La facultad del asegurador no plantea novedad alguna; en cambio, la facultad del «adquirente de (la) cosa asegurada» debe entenderse referida, al igual que en los seguros por cuenta propia, a favor de los órganos de administración y representación de la quiebra del tomador (art. 35.II de la LCS por remisión del art. 37 de la LCS). El asegurado, aunque comparte con el tomador ciertos derechos y obligaciones (64), no podrá denunciar el contrato, ya que la titularidad del contrato de seguro

(63) En caso de siniestro, el incumplimiento del deber de comunicar al asegurador la declaración de quiebra del tomador del seguro por cuenta ajena conlleva para el asegurado la reducción o pérdida de la indemnización, según actúe el obligado a comunicar con buena o mala fe, respectivamente (art. 12.II de la LCS). Ahora bien, «el asegurado», como no es lógico que su patrimonio resulte perjudicado por incumplir el depositario de la quiebra del tomador el deber de comunicar, podrá reclamar a la masa de la quiebra del tomador (como deuda de la masa) una cantidad equivalente a la disminución experimentada por su patrimonio a consecuencia de la reducción o pérdida de la indemnización. El fundamento de esta reclamación se encuentra en el artículo 1.101 del Código civil, cuando el tomador contrata un seguro por cuenta ajena en cumplimiento de un deber legal o de un deber contractual propio de su relación negocial subyacente con el asegurado (por ejemplo, en la venta de CIF, el vendedor tiene la obligación de contratar un seguro por cuenta ajena, es decir, por cuenta del comprador: vid., por todos. MENÉNDEZ, A.: «La venta CIF», Madrid, 1955, n. 29, pp. 139 y ss.); y en el artículo 1.889 del Código civil si el tomador ha contratado ese seguro, no por imponérselo un deber legal o contractual, sino por haber procedido a la gestión voluntaria de negocios ajenos (en general sobre las posibles relaciones internas entre tomador y asegurador; vid. DONATI: «Trattato», II, cit., n. 289, pp. 91 y ss. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», cit., p. 129. FÉLIX MORANDI: «Seguro por cuenta ajena», cit., pp. 229 y ss. HALPERIN, I., «Seguros», Buenos Aires, 1970, n. 48, p. 585. GARCÍA-LUENGO: «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», cit., pp. 73 y ss.). En estos casos los acreedores del quebrado o de la masa, o el tomador quebrado, titular del patrimonio llamado a responder frente al asegurado, podrán reclamar al depositario —en cuanto obligado a cumplir con el deber de comunicación— los daños y perjuicios causados a la masa de la quiebra del tomador por el incumplimiento de este deber (Sobre el fundamento de esta reclamación contra el depositario vid. *supra*, nota 43).

De no ocurrir el siniestro, el asegurador podrá exigir a la masa de la quiebra del tomador (como deuda de la masa), por aplicación del artículo 1.101 del Código civil, los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento del deber de comunicar.

(64) Vid. artículos 7.II, 11, 13.I, 16, 17.I, etc., de la LCS.

Cuando el asegurador denuncia el contrato a causa de la declaración de quiebra del tomador del seguro por cuenta ajena, el destinatario de la restitución de «la parte de prima» (art. 35.I, *in fine*, de la LCS) será la masa de la quiebra del tomador. En estos seguros por cuenta ajena, los derechos corresponden al asegurado, concretamente el derecho a exigir al asegurador la correspondiente indemnización en caso de siniestro (art. 7.III de la LCS), y las obligaciones y deberes derivados del contrato al tomador del seguro, entre otros, el pago de las primas (art. 7.II de la LCS), por

por cuenta ajena y los derechos de disposición del mismo corresponden exclusivamente al asegurador y al tomador (65). Al encontrarse el tomador quebrado inhabilitado para administrar sus bienes y derechos, serán los órganos de administración y representación de su quiebra los facultados legalmente a denunciar el contrato.

2.1.2 *La declaración de quiebra del asegurado y la denuncia del contrato*

El artículo 34.II, *in fine*, de la LCS que impone al «asegurado» el deber de comunicar al asegurador la declaración de quiebra, resulta, sin pretenderlo, aplicable a la declaración de quiebra del asegurado: el depositario de la quiebra del asegurado deberá comunicar esta declaración de quiebra al asegurador (66), lo cual permitiría a éste ejercer la facultad de denuncia que la Ley reconoce a su favor cuando se declara en quiebra al asegurado. Ahora bien, en estos supuestos de declaración de quiebra del «asegurado» es preciso matizar el alcance de la facultad de denuncia del «adquirente de (la) cosa asegurada» (art. 35.II de la LCS). Ni el «asegurado», quebrado o no, ni los órganos de administración y representación de la quiebra del asegurado, subrogados legal y atécnicamente en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones inherentes a la posición del asegurado quebrado, están facultados a denunciar el contrato. Sólo los titulares del contrato (asegurador y tomador) gozan del derecho a disponer del mismo; serán éstos los únicos legalmente facultados a denunciar el contrato de seguro por cuenta ajena en estos casos de declaración de quiebra del «asegurado».

lo que, lógicamente, el destinatario de la restitución será el tomador del seguro (el mismo criterio sigue el art. 13.II de la LCS). Ahora bien, si el asegurado, cumpliendo los deberes y obligaciones del tomador, satisfizo al asegurador el importe de esa prima (art. 7.II, *in fine*, de la LCS), el destinatario de la restitución será el propio asegurado. Otro tanto ocurrirá en los supuestos de declaración de quiebra del asegurado (seguro por cuenta ajena): el destinatario de la restitución será el tomador del seguro, excepto si el asegurado ha satisfecho esa prima.

(65) Cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, p. 132 (vid. también *supra*, nota 62).

(66) En caso de siniestro, los efectos del incumplimiento del deber de comunicar (pérdida o reducción de la indemnización) (art. 12.II de la LCS) recaen sobre la masa patrimonial de la quiebra del asegurado, sin perjuicio de que, posteriormente, los acreedores del quebrado o de la masa, o el propio asegurado quebrado, reclamen al depositario los daños y perjuicios (disminución patrimonial: pérdida o reducción de la indemnización) que la masa de la quiebra del asegurado sufre a consecuencia del incumplimiento por el depositario del deber de comunicar (sobre el fundamento de esta reclamación contra el depositario vid. *supra*, nota 43). De no ocurrir el siniestro, los efectos del incumplimiento del deber de comunicar son los siguientes: El asegurador en el momento de conocer la declaración de quiebra del «asegurado» tendrá derecho a reclamar al «tomador del seguro» la diferencia entre la prima satisfecha (pactada en la póliza) y la prima aplicable a la nueva situación en que se encuentre el objeto asegurado después de la agravación del riesgo que objetivamente comporta la quiebra del «asegurado» o las medidas que se adoptan a consecuencia de esta quiebra (art. 1.101 del Cc. en relación con el art. 11 de la LCS).

2.2. Pólizas a la orden o al portador

La declaración de quiebra «del tomador del seguro o del «asegurado» no afecta al contrato de seguro por cuenta ajena documentado en pólizas a la orden o al portador: las partes no podrán denunciar el contrato (art. 36 de la LCS).

3. EL PAGO DE LAS PRIMAS A LA ENTIDAD ASEGURADORA

El adquirente entra a formar parte de la relación asegurativa en «el momento de la enajenación». En ese preciso instante se subroga en los derechos y obligaciones del anterior titular (art. 34.I de la LCS), por lo que parecería que del pago de las primas vencidas en el momento de la enajenación sólo respondería el anterior titular y del pago de las primas que venzan después de la enajenación únicamente respondería el adquirente (67). Sin embargo, el párrafo tercero de este mismo artículo declara que «del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión» serán responsables solidarios el adquirente y el anterior titular (68).

Cuando el contrato se extingue anticipadamente resulta injustificado exigir al adquirente que responde solidariamente del pago de las

(67) Cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Comentario. Ley de Contrato de Seguro», cit., p. 460. En este mismo sentido vid. DONATI: «Trattato», II, cit., n. 517, p. 504. BESSON: «Le contrat d'assurance», cit., n. 240, p. 376.

El principio de equidad (y la teoría del enriquecimiento sin causa) deben informar el contenido de la relación interna existente entre el anterior titular y el adquirente: contribuirán éstos al importe de la prima en proporción al tiempo durante el cual han disfrutado de cobertura, es decir, satisfecha por el anterior titular la prima vencida en el momento de la enajenación, podrá éste reclamar al adquirente la parte proporcional al tiempo posterior a la enajenación; satisfecha por el adquirente la prima vencida después de la enajenación, podrá éste reclamar al anterior titular la parte proporcional al tiempo anterior a la enajenación. Respecto al fundamento de la teoría del enriquecimiento sin causa en la *idea de equidad*, vid. DÍEZ-PICAZO: «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», I, cit., p. 86. Sobre el concepto y funciones de la equidad vid., por todos, DE LOS MOZOS, J. L.: *La equidad en el Derecho civil español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», LXV (1972), pp. 7 a 34. Sobre la teoría del enriquecimiento sin causa vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», Madrid, 1987. NÚÑEZ LAGOS, R.: «El enriquecimiento sin causa en el Derecho español», Madrid, 1934. ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: «El enriquecimiento sin causa», Santiago de Compostela, 1979.

(68) El precedente de esta norma se encuentra en el artículo 54.II de la Ley federal suiza sobre el contrato de seguro: «Por la prima vencida en el momento de la transmisión responde frente al asegurador, además del adquirente, también el anterior propietario».

Aplicando al pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión, el régimen jurídico de las obligaciones solidarias (art. 1.145.II del Cc.) y el régimen de la relación interna existente entre el anterior titular y el adquirente, expuesto en la nota anterior, se llega a la siguiente conclusión: si el adquirente satisface esta prima, podrá repetir contra el anterior titular la parte proporcional al tiempo anterior a la transmisión; el mismo derecho tendrá el anterior titular si satisface esa prima: podrá repetir contra el adquirente la parte proporcional al tiempo posterior a la transmisión. Sobre esta acción o derecho de regreso, prevista en el artículo 1.145.II del Código civil a favor del codeudor solidario que hizo el pago, vid. DÍEZ-PICAZO: «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», I, cit., pp. 437 y ss.

primas vencidas en el momento de la transmisión (69); con la extinción anticipada del contrato por denuncia del asegurador o del adquirente, el asegurador se libera de prestar cobertura; pero, en cambio, el adquirente, aplicando literalmente el artículo 34.III de la LCS, deberá responder solidariamente del pago de estas primas.

La ausencia de una norma declarando expresamente que en estos supuestos de extinción anticipada del contrato (por denuncia) el adquirente responde solidariamente del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión permite llegar a una conclusión contraria: la responsabilidad solidaria del adquirente está prevista en el artículo relativo al principio de continuación o subsistencia del contrato (art. 34 de la LCS), y no en el que regula la facultad de denuncia del mismo (art. 35 de la LCS). De ahí que sea posible entender que en los supuestos de denuncia no existe responsabilidad solidaria del adquirente, la cual, por tanto, sólo se dará en los de continuación (definitiva) del contrato, es decir, cuando las partes en el plazo legalmente previsto no denuncian al contrato documentado en pólizas nominativas (continuación definitiva voluntaria) o en todos aquellos supuestos de contrato documentado en pólizas a la orden o al portador (continuación definitiva *ex lege*).

En estos supuestos de declaración de quiebra, la responsabilidad solidaria del «adquirente y del anterior titular» deberá entenderse como responsabilidad solidaria del tomador del seguro (por cuenta propia o cuenta ajena) quebrado (deudas del quebrado) y de la masa de su quiebra («deudas de la masa») (70). Tendrán así las primas vencidas en el momento de la declaración de quiebra del tomador del seguro por cuenta propia o por cuenta ajena la doble condición de deudas del quebrado y de deudas de la masa (art. 34.III de la LCS por remisión del art. 37 de la LCS). De no existir el artículo 34.III de la LCS, el asegurador, para cobrar las primas vencidas en el momento de la declaración de quiebra, hubiese tenido necesariamente que insinuarse en la quiebra del tomador (deudas del quebrado), quedando su crédito sometido a la ley del dividendo; la aplicación del artículo 34.III de la LCS permitirá al asegurador reclamar el pago de estas primas como «deudas de la masa»: cobrará íntegramente el importe de las mismas siempre que en la masa haya bienes suficientes (71). Evidentemente, las primas vencidas después de la de-

(69) También SÁNCHEZ CALERO desarrolla esta idea («Comentario. Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, p. 461).

En el derecho italiano (art. 82.II de la *Legge fallimentare*) la continuación o no del contrato condiciona los derechos del asegurador sobre las primas vencidas antes de la declaración de quiebra (vid. *infra*, nota 71).

(70) Sobre la diferencia entre deudas del quebrado y deudas de la masa vid. GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», II, *cit.*, pp. 445, 481 y ss. RARMÍREZ: «La quiebra», II, *cit.*, n. 212, pp. 175 y ss., n. 217, pp. 194 y ss., n. 329, p. 670 y ss. Y, especialmente, BELTRÁN: «Las deudas de la masa», *cit.*, *passim*.

(71) Esta solución coincide sustancialmente con la del Derecho italiano. Según el artículo 82.II de la *Legge fallimentare*, la continuación o no del contrato condiciona

claración de quiebra del tomador del seguro (por cuenta propia o ajena) serán «deudas de la masa».

Si el objeto asegurado se transmite durante el procedimiento de quiebra no se podrá exigir al adquirente del mismo que responda solidariamente del pago de las primas vencidas en el momento de la declaración de quiebra, ya que lo contrario significaría admitir una triple responsabilidad solidaria (del quebrado, de la masa y del adquirente), es decir, reconocer la responsabilidad solidaria acumulativa de los elementos personales intervinientes en las sucesivas situaciones (quiebra) y relaciones jurídicas (transmisión del objeto) que en relación con el mismo objeto asegurado tienen lugar a causa de la realización de diversos actos jurídicos. El artículo 34.III de la LCS circunscribe únicamente a los elementos personales («adquirente y anterior titular»), intervinientes en el acto jurídico de transmisión del objeto asegurado (compraventa, donación, permuta, etc.), la responsabilidad solidaria en el pago de «las primas vencidas en el momento de la transmisión»; por tanto, la responsabilidad solidaria alcanza sólo y exclusivamente a la situación (suspensión de pagos, quiebra, etc.) o relación jurídica (transmisión del objeto) creada a raíz de un acto jurídico determinado: providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, auto de declaración de quiebra, compraventa, etc., el cual constituye presupuesto de aplicaciones de los artículos 34 a 37 de la LCS. La responsabilidad solidaria en el pago de las primas vencidas en el momento de la declaración de quiebra se agota en la situación de quiebra (deudas del quebrado y «deudas de la masa»), y no será posible extenderla al adquirente de ese objeto asegurado transmitido durante el procedimiento de quiebra del tomador del seguro por cuenta propia, porque esta relación jurídica de transmisión es absolutamente ajena al acto (auto de declaración de quiebra) que, en este caso, determina la responsabilidad solidaria en el pago de estas primas.

Por ello, la responsabilidad solidaria en el pago de las primas vencidas en el momento de la declaración de quiebra se configura como responsabilidad del quebrado y de la masa (72), y la del pago de las

los derechos del asegurador sobre las primas vencidas antes de la declaración de quiebra: «Si el contrato continúa, el crédito del asegurador por las primas no pagadas debe ser íntegramente satisfecho, incluso si la prima vence antes de la declaración de quiebra» («deudas de la masa»); si el contrato no continúa deberá el asegurador insinuar el importe de estas primas en la quiebra (deudas del quebrado) (art. 82.II, a contrario sensu) (vid. TEDESCHI: «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», cit., pp. 414 y ss. MAFFEI: «Commentario breve alla Legge fallimentare», cit., p. 172). En el Derecho español, por aplicación del artículo 34.III de la Ley de Contrato de Seguros se alcanza este mismo resultado: el asegurador también podrá cobrar íntegramente las primas vencidas antes de la declaración de quiebra si reclama su pago como crédito contra la masa.

(72) La relación interna entre los responsables solidarios (deudas del quebrado y deudas de la masa) no tiene trascendencia práctica, ya que sólo habrá un único patrimonio llamado a responder: el patrimonio concursal del quebrado.

primas vencidas entre el momento de la declaración de quiebra y el de la transmisión del objeto asegurado durante el procedimiento de quiebra como responsabilidad de la masa y del adquirente (73).

(73) El régimen de los artículos 34 a 36 de Ley de Contrato de Seguros será también de aplicación en caso de transmisión, durante el procedimiento de quiebra, del objeto asegurado. Lógicamente esta transmisión durante el procedimiento de quiebra sólo será posible cuando el quebrado sea titular del objeto asegurado, es decir durante el procedimiento de quiebra del tomador del seguro (o asegurado) (seguro por cuenta propia) o el procedimiento de quiebra del asegurado (seguro por cuenta ajena):

a) El principio general aplicable tanto a las pólizas nominativas como a las pólizas a la orden o al portador es conocido: con la transmisión del objeto asegurado «el adquirente» se subroga (en este caso técnicamente) en los derechos y obligaciones correspondientes en el contrato al tomador del seguro (o asegurado) («anterior titular») (seguro por cuenta propia), es decir, adquiere la titularidad del objeto asegurado y del contrato (art. 34.I de la LCS). Por razón de esta cesión de la relación contractual asegurativa, que la transmisión del objeto asegurado conlleva, asegurador y adquirente podrán proceder a la denuncia del contrato documentado en pólizas nominativas (art. 35 de la LCS); por el contrario, no será posible esta denuncia si el contrato está documentado en pólizas a la orden o al portador (art. 36 de la LCS).

b) Con independencia del tipo de pólizas (nominativas, a la orden o al portador), la transmisión, durante el procedimiento de quiebra del asegurado (seguro por cuenta ajena), del objeto asegurado, no afecta a la posición contractual del asegurador y del tomador de ese seguro por cuenta ajena. El contrato continuará produciendo sus efectos después de la transmisión, si bien a favor de un nuevo asegurado: persona que adquiere el objeto asegurado. No obstante, asegurador y tomador del seguro por cuenta ajena podrán denunciar, a causa de esta transmisión del objeto asegurado, el contrato documentado en pólizas nominativas (art. 35 de la LCS); en cambio no podrán denunciar el contrato documentado en pólizas a la orden o al portador (art. 36 de la LCS).

Los órganos de administración y representación del patrimonio sometido al procedimiento de quiebra (depositario y síndicos) deberán comunicar al asegurador y al adquirente la transmisión de ese objeto asegurado (art. 34.II de la LCS). Los efectos del incumplimiento de este deber son los siguientes: De no ocurrir el siniestro, asegurador y adquirente podrán reclamar al anterior titular quebrado (deudas de la masa) los daños y perjuicios que les causa el incumplimiento del deber de comunicar (art. 1.101 del Cc. en relación con el art. 34.II de la LCS); de ocurrir el siniestro, el adquirente sufrirá sobre su patrimonio la reducción o pérdida de la indemnización (art. 12.II de la LCS), en cuyo caso tendrá derecho a reclamar a la masa de la quiebra, a la cual pertenezcan los órganos de administración y representación que incumplen el deber de comunicar, una cantidad equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por esta reducción o pérdida de la indemnización (art. 1.101 del Cc. en relación con el art. 34.II de la LCS). Posteriormente, estos órganos de administración y representación que incumplen el deber de comunicar deberán responder por la disminución patrimonial que experimenta la masa de la quiebra del anterior titular a causa de estas indemnizaciones al asegurador y al adquirente. Sobre el fundamento de esta reclamación contra el depositario vid. *supra*, nota 43; en los artículos 1.077 del viejo Código y 1.365 de la LEC se encuentra el fundamento de esta reclamación contra los síndicos (vid. GONZÁLEZ HUEBRA, P.: «Tratado de quiebras», Madrid, 1856, n. 51, p. 67. RAMÍREZ: «La quiebra», I, *cit.*, núm. 83, pp. 480 y s. POLO y BAILLÉ: «La quiebra», *cit.*, p. 75: «Ninguna duda ofrece que se puede incurrir en negligencia culposa lo mismo por acción que por omisión, es decir, por actos positivos o por un *no hacer*, cuando, dadas ciertas circunstancias, la diligencia debida obliga a actuar en un cierto sentido...». JIMÉNEZ DE PARGA: «Los órganos de la quiebra», *cit.*, p. 829).

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Contratos con cláusulas predispuestas en el proyecto argentino de unificación de la legislación civil y comercial

Por RUBEN SAUL STIGLITZ

I. LOS CONTRATOS CON CLAUSULAS PREDISPUESTAS. CONCEPTO. CONSIDERACIONES GENERALES

Entendemos por «contratos con cláusulas predispuestas», la modalidad o técnica negocial consistente en que la totalidad de su contenido es dispuesto anticipada y unilateralmente por una de las partes y a la que la otra adhiere en bloque.

Lo que se predispone, o sea, lo que se dispone anticipadamente es el contenido del contrato constituido por cláusulas o condiciones generales.

De tal manera que la adhesión lo es a las condiciones generales predispuestas. Y el contrato celebrado es contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o a condiciones generales.

El contrato lo celebra el predisponente con cada adherente individual pero en base a condiciones generales uniformes aplicables a todos y cada uno de los adherentes.

El predisponente fija de una vez un esquema común a las relaciones jurídicas singulares aplicables a operaciones sucesivas correspondientes a relaciones contractuales similares, de masa o sistemáticas. Ello elimina la instancia de la tratativas, que queda sustituida por la técnica de la predisposición de un contenido uniforme dirigido a grandes masas de consumidores y usuarios.

En la contratación predispuesta halla expresión la natural tendencia de la empresa a racionalizar sus instrumentos de acción; el mundo económico aparece determinado por un ritmo dinámico de producción en que los negocios se suceden en razón de haberse lanzado al mercado grandes masas de bienes y servicios. Aquellos criterios de racionalización traducen uno de los fenómenos que caracterizan el desenvolvimiento actual de la empresa, consistente en la uniformidad de la producción de bienes y servicios. A su vez, la homogeneidad de las relaciones de cambio racionalmente requieren la estandarización de la materia contractual.

La contratación predisposta halla explicación, entre otras razones, en la naturaleza misma de la actividad que ejerce el predisponente, en cuanto requiere uniformidad de vínculos con cada integrante de una gran masa de consumidores o usuarios, y de allí que aparezca como materialmente imposible introducir modificaciones entre contrato y contrato, sacrificándose así la discusión paritaria de cada cláusula o su conjunto en favor de una contratación dinámica que responda más acabadamente a criterios de racionalización de la empresa.

La uniformidad está referida a las condiciones generales que integran el contrato, y que se formulan por anticipado para ser utilizadas en los futuros contratos que se celebran con relación a vínculos negociales análogos, y que se concluyen por separado.

Cada integrante de la comunidad consumidora o usuaria deberá adherir el esquema predisposto. Y lo hará sin participar previamente en su elaboración. Y al sumar su voluntad negociadora a la del predisponente lo será por el contenido total sin posibilidad, en principio, de alteración alguna.

Las condiciones generales pueden tratarse de cláusulas incorporadas al contrato y agotarse en él o aludidas en el texto mediante reenvío externo. Ambas hipótesis operan en el marco del artículo 1.157, inc. 1.^º, que hace referencia a las «cláusulas predisuestas» en los contratos o a las condiciones generales que se hagan referencia en ellos. Con relación a este último supuesto aflora la cuestión, vincula al consentimiento a condiciones generales que no integran el texto contractual. No se hallará en el caso comprometida la validez del contrato, si al tiempo de su conclusión, el cliente declara conocer que forman parte de un instrumento separado. Caso contrario estaríamos frente a una propuesta de contrato en base a condiciones generales desconocidas por el adherente; no podríamos situar la hipótesis en el supuesto de sumisión o adhesión, pues no se puede haber sometido a un contenido negocial desconocido.

Este es el criterio adoptado por el artículo 1.157, inc. 2.^º, «*in fine*», que expresamente alude al recaudo de completividad del texto. Se trata de un presupuesto de eficacia de las condiciones generales en punto al conocimiento que de las mismas tenga el adherente o deba tener usando la diligencia ordinaria en la hipótesis prevista de cláusulas que, consagradas por normas supletorias contengan renuncia o restricción de derechos del adherente o ampliación de derechos del predisponente.

II. EL «ITER» FORMATIVO

Una de las características salientes de los contratos por adhesión a condiciones generales o contratos predisuestos, está referida a la formación del contrato, más precisamente a las etapas que se suceden hasta el momento del perfeccionamiento del negocio.

Si bien es cierto, nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad común destinada a reglas los derechos de las partes y que se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, el esquema predisuelto o formulario impreso de oferta tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario, y no va dirigido a persona determinada. Sirve a una pluralidad de personas indeterminadas y consecuentemente a una pluralidad de contratos y no para un contrato particular con una persona determinada. Recientemente se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato particular.

Ocurre que el consumidor o usuario adhiere —en lo que interesa—, a un esquema o programa contractual que le viene predeterminado. Y lo hace a través de una manifestación de voluntad particular, de tal manera que la oferta parte del adherente, quien propone contratar en base a las condiciones generales predisueltas por el empresario quien a pesar de que la oferta lo es en base a un formulario de cuyo contenido es autor exclusivo, se reserva el derecho de aceptar. De lo expuesto surge que la etapa inicial, la del consumidor o usuario que adhiere, es instancia precontractual, pues hasta ese momento no hay contrato nacido a la vida jurídica.

En efecto, sería contrario a la realidad ignorar que el esquema predisuelto se origina en el predisponente; así, el formulario participa de la naturaleza de una invitación colectiva y permanente a proponer. Hasta entonces sólo existe un acto preparatorio emanado del predisponente.

Es a través de una manifestación particular del adherente dirigida al predisponente como se impulsa el «íter» formativo del contrato por adhesión. Lo contrario, afirmar que el predisponente es el ofertante y el adherente el aceptante, importa suponer que la adhesión exteriorizada a través de la emisión de una solicitud o impreso con contenido predisuelto, traduce por su aceptación —y por ende hace perfecto el contrato—, cuando la realidad constata todo lo contrario: el predisponente, aun cuando la oferta lo sea a un esquema por él predisuelto, se reserva el derecho de aceptación en cada caso y que hasta puede faltar.

La alta frecuencia siniestral del asegurado, la insolvencia del mutuario o del locatario, o la falta de conformidad del Banco o de la empresa inmobiliaria con las garantías ofrecidas impiden al predisponente aceptar la oferta dirigida por el adherente a pesar que lo ha sido en base a condiciones generales por él pre establecidas. Como se advierte en los tres ejemplos, la potencial acentuación del riesgo contractual se torna en factor que obsta a la aceptación.

III. CARACTERES

Las notas salientes de los contratos por adhesión están referidas a una pluralidad de elementos que le asignan un perfil muy definido:

- a) La configuración interna se halla predispuesta por la obra exclusiva y excluyente del empresario (principio de unilateralidad).
- b) La predisposición es prospectiva, pues sirve a los futuros y sucesivos contratos que celebre el predisponente.
- c) La configuración interna es rígida en razón que el adherente, al quedar sustraído a prestar su concurso en punto a la elaboración del contrato, ve reducida su participación a decidir contratar en las condiciones preordenadas por el predisponente o en renunciar a contratar.

La excepción a este principio está dada —excepcionalmente— por las denominadas condiciones particulares, que en lo esencial apuntan a sustituir una condición general y, como en el caso, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo clásico en la formación del contrato, prevalecen sobre las condiciones generales que devienen derogadas.

- d) La invitación a proponer es dirigida a una colectividad impersonal, de allí que se aluda al carácter de generalidad o universalidad de aquélla, y que se traduce en la prerradicación de impresos o modelos elaborados uniformemente.

- e) El carácter permanente del contenido contractual deviene de la subsistencia de un texto uniforme para las operaciones que guarden uniformidad entre sí hasta tanto el predisponente decida sustituirlo por otro, parcial o totalmente modificado.

- f) Ordinariamente quien predispone es un empresario quien concentra para sí el poder de negociación. Se afirma que el primero goza de poder económico y que el adherente es el económicamente débil. En rigor no siempre es así. Se trata más de un lugar común. Aunque predominantemente es como queda expresado, no es factible que esa idea atrape todas las situaciones imaginables, pues las condiciones generales se hallan prerradicadas para la totalidad de los consumidores y los usuarios con abstracción de su condición de económicamente fuertes o económicamente débiles. En cambio, una fórmula abarcadora del conjunto de hipótesis es aquella que atribuye al predisponente el poder de negociación, o sea, la posibilidad de imponer a la otra la configuración interna del negocio, y desde la perspectiva del adherente, es aquella que le niega poder de negociación no sólo porque lo sustrae de las tratativas que conducen al texto definitivo, sino, y consecuentemente, porque esa falta de poder de negociación sólo le suministra la alternativa de aceptar en bloque el esquema programado o no contratar.

- g) El adherente —de ordinario— se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita el bien que produce el predisponente o el servicio que presta, predominantemente con motivo del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho.

El adherente —consumidor o usuario— habitualmente necesita consumir bienes o usar servicios; en consecuencia y en la misma medida

se halla en la necesidad de contratar. Ese estado de necesidad, aun admitiendo que se trate de un recaudo de desigual intensidad, más enérgico en la contratación de bienes y servicios esenciales, como quiera que sea, determina que el adherente contrate sujeto a las condiciones generales predispuestas. De allí el contundente acierto de la Comisión de unificación legislativa cuando, al referirse al adherente a cláusulas predispuestas o que hagan referencia a condiciones generales, la identifique como la parte que «...estuvo precisada...» a celebrar contratos en base a esta técnica negocial sustitutiva (art. 1.157, inc. 1.º).

Queremos señalar que el acierto consiste no en afirmar que los consumidores o usuarios están precisados a celebrar contratos con cláusulas predispuestas, sino que, cuando contratan, sólo es factible hacerlo en base a las condiciones generales predispuestas o a aquellas a las que el contrato reenvié.

Lo hasta aquí expuesto es suficiente para formular una primera advertencia: la contratación en masa o a tipos constantes, se halla propensa a engendrar abusos. Pero el abuso es controlable preventiva o judicialmente. En cambio, el contrato predispuesto es insuprimible porque el ritmo de producción de la empresa requiere correspondencia con el perfeccionamiento de los contratos que se celebren y que se refieran a los bienes y servicios irradiados en el mercado y uniformidad normativa de los vínculos jurídicos con consumidores y usuarios. Ello determina que se prescinda de la negociación previa que, de más en más, subsiste como etapa residual de la contratación discrecional.

Una segunda advertencia está referida a la circunstancia que, al concentrar la empresa el poder de negociación, no desechar la oportunidad, propicia por cierto, de favorecer su posición contractual. La técnica a la que acude para ello, es la de introducir condiciones generales abusivas. Ello significa —ni más ni menos— que el equilibrio del negocio jurídico se halla alterado desde su conclusión misma. Pero aquí cabe una precisión: no nos referimos al desequilibrio inicial resultante de la relación prestación-contraprestación, pues ello —expícitamente contenido en condiciones particulares—, por no integrar precisamente las condiciones generales predispuestas son discutidas y acordadas paritariamente por las partes.

En las condiciones particulares —y a los fines que nos interesa—, las partes consignan los elementos específicos de la relación singular. Así las prestaciones principales —el núcleo o la médula—, la denominada operación jurídica con su finalidad económica y jurídica resultan de lo estipulado «específicamente» por las partes y que halla su sede en las condiciones particulares. Así en el mutuo oneroso el importe del crédito, la tasa de interés, el plazo de reembolso, etcétera, son cuestiones que por importar sólo a la relación específica de que se trata, ordinariamente se incorporan al texto mecanografiadamente, llenando los claros dejados a esos fines. Lo propio acontece en la legislación aseguradora, con atinencia a la identificación del riesgo,

a la duración del contrato, al plazo de vigencia, al importe del premio, etc.

Nos referimos a condiciones generales abusivas que regulan efectos accidentales que, por su trascendencia en la economía del contrato, inciden exclusivamente sobre la prestación a cargo del predisponente, desnaturalizándola al punto de desminuirla o cancelarla.

El punto de equilibrio queda desplazado y el contrato se transforma —vía cláusulas abusivas— en potencial instrumento de opresión que ejerce el polo dominante (predisponente) sobre la parte «débil» (adherente), fracturándose indirectamente el principio conmutativo de distribución de sacrificios.

Así, una cláusula por la que se limite la responsabilidad del predisponente cuando el incumplimiento obedezca a su culpa grave, no es una disposición que comprometa un efecto esencial o necesario para la validez y eficacia del contrato. Sin embargo, si bien es cierto que la incidencia no es directa, pues no se instala en el consentimiento, el objeto o la causa, si lo es indirectamente, en razón que la consecuencia que deriva de la aplicación de la cláusula abusiva consiste en que el predisponente se halla «convencionalmente» exonerado de ejecutar la prestación a su cargo.

En consecuencia, el pacto exonerativo en tanto regula efectos anormales de la obligación, por sí es suficiente para configurar, desde el perfeccionamiento mismo del contrato, una situación de abuso que, por debilitar la posición contractual de una parte, y potenciar la restante, desestabiliza la relación sinalagrática.

IV. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS. CARACTERES DEFINITORIOS

La comisión especial de unificación legislativa, acertadamente optó por no definir la cláusula abusiva ni formular con esa categorización un enunciado de las mismas, tema que queda, entonces, reservado al intérprete. Claro que la circunstancia que la comisión se haya decidido por no formular una definición legislativa, no ha impedido que, por implicancia, haya introducido hipótesis abiertas, lo suficiente como para atrapar en su significación todos los supuestos imaginables de preceptos que comporten abuso. Y ello —que en última instancia traduce una elección de técnica legislativa— lo calificamos como un concluyente logro de la comisión.

Las cláusulas que —por caso— al exonerar de responsabilidad al predisponente o limitar sus consecuencias; al atenuar sus obligaciones o facilitar la ejecución de su cargo, contienen una ventaja en exclusivo beneficio del empresario y una desventaja en la esfera del interés del adherente, son abusivas. Las cláusulas que al invertir la carga probatoria en contra del adhrente; al acentuar el número de cargas a ejer-

citar para mantener vivo el derecho; al establecer plazos estrangulantes para su observancia; al imponer caducidades al ejercicio de los derechos por la mera inejecución de las cargas, contienen un menoscabo que se instala exclusivamente en la posición contractual del consumidor o usuario, afirmando la posición dominante del predisponente, son abusivas.

A lo expuesto añadimos que toda cláusula ilícita por contrariar una prohibición expresa de la Ley será abusiva, como, por ejemplo, la cláusula limitativa de responsabilidad por incumplimiento doloso de las obligaciones (art. 507 del Cc.). Se trata de cláusulas abusivas por ser formalmente ilícitas.

A su turno, estipulaciones lícitas desde un punto de vista «formal», serán contenido de condiciones generales abusivas en cuanto comporten un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual al vulnerar otros principios, también reguladores de las relaciones ne-gociales, tales como el orden público, la equidad, la moral, las buenas costumbres, la buena fe, el ejercicio regular de los derechos.

En una primera visión de conjunto, advertimos que puede alcanzarse una noción de condición general abusiva sin necesidad de acudir a un enunciado de ellas, siempre peligroso, no sólo por lo que se omite, sino por las consecuencias que de ello derivan en punto a su legitimación, si ello es posible, o en orden a una distinción de su eficacia según la entidad del abuso contenido en la cláusula. En reemplazo de una enumeración de cláusulas abusivas, se optó por reconocer su existencia a través de una fórmula que comienza a expresarse por el efecto previsto: «... se tendrán por no convenidas...»

Advertimos, en propósito que apunta a una síntesis caracterológica de la cláusula abusiva, que:

a) El contrato por adhesión es terreno propicio para su inclusión precisamente porque el contenido total viene predisuelto unilateralmente al punto que si el consumidor gozara del poder de negociación propio del contrato discrecional, no aceptaría condiciones generales que dejaran tan manifiestamente al descubierto la desigualdad real existente.

b) La cláusula abusiva entraña un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en ventaja exclusiva del empresario y en perjuicio de los consumidores y usuarios.

c) En tanto exponente de un estado de inestabilidad de la relación contractual, a los fines de la recomposición del equilibrio en la distribución de los derechos y obligaciones, requiere legislativamente de la consagración de una disposición legal abierta o norma recupero que, al elevarse a principio general, consiente su aplicación a la totalidad de las hipótesis que, de acuerdo a las circunstancias que correspondan al caso concreto, se hallen subsumidas en ella.

Y precisamente, en el alcanzado intento de la comisión especial de unificación legislativa, y sin perjuicio del enunciado genérico referido a la buena fe como directiva de interpretación impulsora de la

celebración, ejecución e interpretación de los contratos, se ha introducido en el artículo 1.157, inc. 1.^º, un principio que recupera en favor de la estabilidad de la relación contractual; en servicio de la conservación de la equivalencia inicial de las prestaciones prometidas, una disposición abierta. La misma deberá ser leída así: «Es los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes... se tendrán por no convenidas: 1. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...»

De donde sin necesidad de enumerarlas, y a manera de avance, ya es factible a esta altura afirmar que, serán cláusulas abusivas, y, por tanto, «se tendrán por no convenidas» aquéllas que desnaturalicen las obligaciones.

V. CLAUSULA ABIERTA

La cláusula abusiva es exponente de un estado patológico del contrato, de una situación de inestabilidad de la relación contractual. A los fines de lograr una recomposición del equilibrio en la distribución del sinalagma, se requiere consagrar legislativamente una cláusula abierta que apunte a la preservación del principio comutativo; que recupere en favor de la equivalencia de prestaciones inicialmente prometidas todas aquellas situaciones que se hallan subsumidas en ella. Son cláusulas abiertas por su intrínseca posibilidad de ser colmadas según las necesidades. Dotan al juzgador de un instrumento flexible o elástico que lo sitúan a cubierto tanto de una aplicación mecánica de la norma como de los riesgos de una utilización excesivamente libre. Se vinculan con el sentido común, con las concepciones y conductas del tráfico normal; significan cierto juicio moral de conducta, sustrayéndose a la adopción de un contenido exacto y requeriendo una individualización específica al caso en cuestión. Su característica es la ductibilidad, su poder de adaptación a través de conceptos móviles que reflejan toda la influencia de la vida social.

VI. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y ALGUNAS REFERENCIAS AL DERECHO COMPARADO

El combate contra las cláusulas abusivas se ha intentado, desde la perspectiva que en espectro exhibe el derecho comparado, por distintos medios —administrativos o judiciales— y hasta con concepciones diferentes.

Así, Italia en el artículo 1.341, apartado 2.^º, del Código civil, ha optado por el enunciado de un elenco taxativo de cláusulas vejatorias, cuya eficacia se halla subordinada a la observancia de una forma solemne consistente en su específica aprobación por escrito por

el adherente. El sistema italiano ha sido criticado por su doctrina, argumentándose que la forma solemne adoptada aparece como insuficiente a los fines de desafectar del control judicial la ilicitud o el carácter abusivo de una cláusula, aun cuando ella haya sido aprobada expresamente por escrito por el adherente. De donde la concepción del Código civil italiano de 1942 consiste en la legitimación de las cláusulas vejatorias mediante la sola observancia de un requisito de forma.

Por su parte Israel sancionó en el año 1964 (5724) su «Standard contracts law», donde *la onerosidad de una cláusula se determina en consideración a si la misma es perjudicial al adherente o favorece al predisponente de modo inequitativo con probable daño al primero* (arts. 6 y 14). Se trata de una cláusula «abierta», idónea a los fines del control —administrativo o judicial— sobre su onerosidad. Queremos decir que en el marco del control preventivo y jurisdiccional se hallará una directiva suficientemente libre y despejada —y por ello abierta—, que tolera el examen de eficacia de toda condición general cuestionada en su legitimidad. Pero además, la ley israelí ha incorporado un enunciado de cláusulas restrictivas (art. 15) que, a nuestro juicio y en razón de la gravosidad de su contenido, su nulidad no requiere del recurso a ningún criterio de apreciación, sino su mera declaración.

Se advierte entonces que la cláusula abierta seleccionada por el legislador israelí es fácilmente comprensible, es breve, sintética y flexible. La referencia al perjuicio del cliente; que simultáneamente resulta favorecida la posición del predisponente o prestador; la inequidad resultante y que de ello derive daño al adherente, son elementos suficientemente orientadores, precisos y comprensivos de lo que habrá de entenderse por cláusula abusiva.

A su turno, Alemania dispone de una Ley «para la regulación del derecho de las condiciones generales» (AGB-Gesetz) desde el 1.^º de abril de 1977. La Ley contiene una cláusula abierta en su parágrafo 9, *en cuanto declara la ineficacia de las estipulaciones contenidas en condiciones generales cuando perjudican al adherente indebidamente, en oposición al principio de buena fe. Dicho perjuicio se presume cuando una cláusula: 1. No es compatible con ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la que se aparta. 2. Limita de tal manera derechos o deberes esenciales derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la obtención de la finalidad del mismo.*

Como se advierte, el parágrafo 9 contiene una cláusula general o abierta cuyo soporte es el principio de buena fe y el marco en el que opera es el perjuicio indebido al adherente. Como criterio impulsor de un encauzamiento interpretativo, la presunción legal de perjuicio, se traduce en la confrontación entre condiciones generales y las ideas esencialmente fundamentales del ordenamiento legal. Si hay apartamiento, la cláusula es ineficaz.

Pero además, la Ley alemana contiene un enunciado de cláusulas cuya ineficacia se halla subordinada a apreciación judicial (parág. 10) en razón de tratarse de supuestos que, por considerarse «sospechosos», consienten una valoración discrecional. Y por un elenco contenido en 16 incs. de cláusulas absolutamente ineeficaces. O sea que, la declaración de condiciones generales abusivas que no caen dentro del casuismo a que se hallan sometidas por la distinta regulación que exhiben los párrafos 10 y 11, son capturadas por una cláusula abierta (parág. 9) cuando las cláusulas cuestionadas contraríen el principio de buena fe al perjudicar indebidamente al adherente, debiendo presumirse esta hipótesis cuando la cláusula impugnada se halle en contraste con la idea o principio que inspire la norma que el predisponente intente derogar o cuando se halle comprometido el móvil mismo del contrato.

En Francia el tema ha sido motivo de regulación en el capítulo IV de la Ley 78-23, del 10 de enero de 1978, y que lleva por título «De la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas».

Por el artículo 75 de la citada Ley, se admite la posibilidad que, por decreto del Consejo de Estado, se prohíba, limite o reglamente una serie de cláusulas que enuncia puntualmente, «... cuando tales cláusulas aprezcan impuestas a los consumidores por un abuso del poder económico de la otra parte y confieran a esta última una ventaja excesiva. Tales cláusulas abusivas, estipuladas en contradicción con las disposiciones que preceden, son reputadas, no escritas...».

Se suma, Francia entonces, a las legislaciones que, sin perjuicio de enunciar un catálogo de cláusulas onerosas, introduce una directiva común que, partiendo de uno de los elementos caracterizantes del contrato predisuelto —el poder económico del predisponente—, hace reposar todo el peso del abuso en la estipulación, cuando de ella redonde una ventaja excesiva en favor del empresario. Ello permite un amplio margen de apreciación en favor de quienes deben aplicarla.

En España, el 19 de julio de 1984 se sancionó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por el artículo 10, apartado 1.º, inc. c), se establece como requisito de las condiciones generales el que *deben observar la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones*.

Siguiendo ese precepto se estatuye que quedan excluidas como cláusulas que atienden a los expresados requisitos, *las cláusulas abusivas*. Y sobre éstas se añade que *se entiende por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios* (art. 10, apart. 1.º, inc. 3.º). Y en el mismo artículo y fuera del contexto de la cláusula general, se introducen a través de doce incisos, sendas hipótesis de cláusulas abusivas que otro texto legal las declara nulas de pleno derecho, y que, por ello, «se tendrán por no puestas» (art. 10, apart. 4.º)

VII. LAS CLAUSULAS QUE DESNATURALIZAN LAS OBLIGACIONES. UNA PRIMERA APROXIMACION CONCEPTUAL

A esta altura intentaremos aproximar algunas consideraciones que permitan ir acentuando el perfil conceptual de la expresión «cláusulas que desnaturalicen las obligaciones», como cláusula abierta que integra el artículo 1.157 del Código civil según la redacción que contiene el proyecto de unificación legislativa.

En la contratación predispuesta nos hallamos frente a una cláusula que desnaturaliza el vínculo obligacional cuando:

a) Por aplicación de la cláusula queda limitada o extinguida la obligación a cargo del predisponente, alterándose el equilibrio del negocio tenido en cuenta al tiempo de la celebración.

b) La aplicación de la cláusula favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente al punto que infringe los principios de la justicia comutativa al fracturar el equilibrio económico comprometiendo el precepto de la mayor reciprocidad de intereses.

c) De la aplicación de una cláusula resulte el apartamiento de las ideas y principios esenciales que el ordenamiento legal y las partes han programado comprometiendo la obtención de la finalidad misma del contrato celebrado.

Es la riqueza conceptual alcanzada por la fórmula «abierta» lograda por la comisión a través de una directiva breve, clara y flexible, la que permite —apartándose del precedente italiano, israelí, alemán, francés y español— omitir la exposición de un catálogo de cláusulas abusivas e inaugurar así, un infecundo debate en torno a si el enunciado es taxativo o consiente interpretaciones extensivas, o si los supuestos contemplados aparejan una ineficacia de pleno derecho o si su declaración requiere de una apreciación judicial previa.

El generoso caudal conceptual alcanzado por «la cláusula abierta» prevista por el artículo 1.157, inc. 1.^º, del Código civil, es de tal entidad que permite acoger en su ámbito el elenco de cláusulas abusivas con la que ordinariamente se opera en el mercado contractual, sino también con aquellas que no resultan familiares al tráfico actual —incorporadas a otras legislaciones—, pero que importan una desnaturalización de la esencia misma del vínculo contractual y que pueden ser introducidas en el futuro, vía predisposición.

Así, no puede caber duda que se trata de cláusulas que desnaturalizan la relación obligacional y, por ende, son abusivas, aquéllas en las que se estipula:

a) La limitación de responsabilidad por culpa grave del predisponente [art. 1.341, Cc. italiano; art. 15, inc. a), Ley israelí; parág. 11, apart. 7.^º, AGBG; art. 10, apart. 6.^º, Ley 26/84 de España].

b) La que confiere el predisponente o prestador la facultad de rescindir el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho contractual del cliente, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al cliente o a otros hechos no dependientes del predisponente [art. 15, inc. b), Ley israelí; parág. 10, apart. 3.º, AGBG; art. 10, apart. 2.º, Ley 26/84 de España]. c) Condiciona al consentimiento del predisponente o prestador el ejercicio de algún derecho contractual del cliente [art. 15, inc. c), Ley israelí]. d) Impone al cliente renunciar anticipadamente a cualquier derecho que pueda fundar en el contrato en ausencia de dicha cláusula [art. 15, inc. e), Ley israelí; parág. 11, apart. 8.º, incs. a) y b), AGBG; art. 2, decreto 78-464 del 24 de marzo de 1978, de Francia; art. 10, apart. 10, Ley 26/84 de España]. e) La inversión de la carga probatoria [art. 15, inc. g), Ley israelí; parág. 11, apart. 15.º, AGBG; art. 10, apart. 8.º, Ley 26/84 de España]. f) Límites a la facultad de oponer excepciones [art. 1.341, Cc. italiano, y art. 15, inc. h), Ley israelí]. g) Que las formas de las denuncias y declaraciones a emitir contra el predisponente se hallen subordinadas a la observancia de formas más rigurosas que la escrita o a particulares requisitos de recepción (parág. 11, apart. 16.º, AGBG). h) En favor del predisponente para el rechazo o la aceptación de una propuesta o la ejecución de una prestación, plazos desproporcionados o bien insuficientemente determinados (parág. 10, apart. 1.º, AGBG). i) En favor del predisponente para la prestación que debe ejercutar un plazo de mora desproporcionado o bien insuficientemente indeterminado (parág. 10, apart. 2.º, AGBG). j) En favor del predisponente el derecho de modificar unilateralmente las características del bien a entregar o del servicio a prestar, salvo que las modificaciones se hallen ligadas a la evolución técnica, a condición que de ello no resulte un aumento de precio, ni alteración de calidad (art. 3, decreto 78-464 del 24 de marzo de 1978, de Francia).

VIII. LAS CLAUSULAS QUE IMPORTEN RENUNCIA O RESTRICCION A LOS DERECHOS DEL ADHERENTE O AMPLIACION DE LOS DERECHOS DEL PREDISPONENTE QUE RESULTEN DE NORMAS SUPLETORIAS

La cuestión, de conformidad al artículo 1.157 en la redacción propuesta deberá leerse así: «... se tendrán por no convenidas...: 2. Las cláusulas que importen restricción o renuncia a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente...».

Cabe formular algunas advertencias previas: En primer lugar, afirmamos que la renuncia o restricción a los derechos está referida de conformidad al artículo 1.157, párrafo 1.º, a «... la otra parte...», la que

no predispuso las cláusulas, o sea, el adherente, el consumidor o usuario.

En segundo lugar señalamos que el inciso hace referencia a la renuncia o ampliación de derechos, referidos al adherente y al predisponente, respectivamente, y en ambos casos cuando ellos resulten consagrados por normas supletorias.

En tercer lugar *apuntamos* que, tal como se haya previsto para las hipótesis contempladas en el artículo 1.157, inc. 1.º, el efecto de la incorporación de cláusulas abusivas que tenga por objeto la renuncia o restricción de derechos impuesta al adherente, o la ampliación de los mismos en favor del predisponente, consiste en que «se tendrán por no convenidas».

Y como cuarta y *última observación*, indicamos que exclusivamente referida al artículo 1.157, inc. 2.º, se contempla una excepción al efecto previsto y que se limita a las cláusulas que importen renuncia a los derechos del adherente o ampliación de los derechos del predisponente que, conforme a las circunstancias hayan sido conocidas o usando la debida diligencia hayan debido serlo, antes de concluirse el contrato, y hayan sido aprobadas, expresa y especialmente por escrito.

Como se advierte, al igual que el inciso anterior, es de gran opulencia por lo que sólo habremos de detenernos en unas pocas cuestiones sugerentes.

Acabamos de poner de relieve la circunstancia que se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del adherente o ampliación de derechos del predisponente cuando ellos resulten de normas supletorias. Valen entonces algunas precisiones:

a) Fuera de los límites de este inciso se hallan las reglas contractuales que configuran el contenido esencial del contrato. Nos referimos al contenido imprescindible para que el contrato cumpla la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual elegido. Pues bien, los derechos emergentes del contenido esencial no son factibles de ser renunciados por el adherente o ampliado en favor del predisponente.

b) Tampoco —en principio— podrán ser objeto de renuncia por el adherente, ni ampliarse en favor del predisponente, los derechos consagrados por normas supletorias. Se trata de las reglas contractuales impuestas por el ordenamiento jurídico para suplir el silencio guardado por las partes que integran la relación jurídica. Pero esta afirmación, a su vez, requiere de mayores desarrollos. En efecto, habrá que añadir algunos elementos que caracterizan a la norma dispositiva:

1. En primer lugar, señalamos que la norma es dispositiva cuando, contemplada desde el punto de vista de su relación con la disciplina contractual, el ordenamiento jurídico no impide que las partes autoregulen el supuesto a través de un precepto que se antepone a ella.

2. El ordenamiento legal reconoce jerarquías entre las fuentes de la reglamentación contractual. La prelación la encabeza la norma imperativa. Le sucede el precepto privado y a él la norma dispositiva. Como se advierte, el precepto privado es preferido a la norma dispositiva. O dicho de otro modo, cuando las partes han regulado, a través de un precepto expreso un supuesto previsto por una norma dispositiva, ésta queda pospuesta en su aplicación. Lo que queremos significar es que el derecho dispositivo, por principio, se aplica salvo que las partes lo hayan hecho a través de un precepto expreso. Ello implica que las normas supletorias no son normas derogables o normas que carezcan de eficacia obligatoria. Ocurre que lo convenido por las partes es preferido a la norma dispositiva que permanece indiferrogada y con su eficacia indemne. La norma dispositiva, como norma jurídica, programa una conducta como la más adecuada y adaptable a la función económico-social de la relación jurídica, pero el ordenamiento legal admite que la voluntad de las partes no sólo lo programe de otra manera, sino, además, consiente la anteposición de lo convenido por las partes. Todo lo contrario ocurre con el derecho imperativo, que al portar una jerarquía preferente a toda otra, regula el vínculo jurídico al punto que excluye la virtualidad de cualquier acuerdo de partes al que le sirve de límite.

3. La cuestión, aparentemente simple en su formulación deja de serlo cuando frente a un precepto jurídico, debemos discernir si su contenido es imperativo o dispositivo. Ante la imposibilidad de dilucidar el tema a través de un principio general, y tratándose de un problema de interpretación habrá de acudirse para ello a todo el arsenial normativo disponible, a saber:

3.1. Desde un punto de vista gramatical, la norma que admite el pacto en contrario u otra fórmula equivalente, es dispositiva. La que no admite pacto en contrario, o la que le atribuye como consecuencia la nulidad, la invalidez, la ineficacia o expresión equivalente que persiga, en propósito que atienda a la higiene interior del contrato, a privarle de efectos jurídicos, es norma imperativa.

3.2. Desde un punto de vista funcional, son normas imperativas las que regulan la estructura de la relación contractual, o sea, los requisitos atributivos de la eficacia del negocio y que, por ello, no pueden ser objeto de estipulación por las partes. Así son normas imperativas las que regulan todo lo relativo a la capacidad y legitimación para contratar; las referidas o la operación jurídicas, al objeto, a su licitud, a su posibilidad; son imperativas las normas reguladoras del motivo determinante del contrato, la causa del negocio.

Se elevan al rango de imperativas las normas que consagran solemnidades constitutivas del contrato y las que regulan los vicios de la voluntad contractual.

3.3. Las partes imperativamente se hallan vinculadas a las normas reguladoras del contenido esencial del contrato, entendiendo ello

como los efectos inherentes al tipo contractual elegido, de suerte tal que, si se apartaran de ellos no nacería a la vida jurídica. En cambio, las partes podrán estipular en torno al contenido no esencial, o sea, a los efectos naturales que son los consagrados por las normas supletorias.

3.4. Las partes se hallan imperativamente vinculadas a las normas reguladoras de las vicisitudes extintivas del negocio; a las consecuencias derivadas de la inobservancia de cargas; a los efectos derivados de la inejecución de las obligaciones; al régimen de la responsabilidad civil y a los efectos con relación a terceros.

3.5. Finalmente no habrá de desatenderse —agotadas como reglas de interpretación las directivas precedentes— a la presunción de derecho dispositivo que deriva de la autonomía de la voluntad, claro está que con las limitaciones derivadas de la ley, el orden público, las buenas costumbres, la regla moral, el abuso del derecho.

c) Habiendo intentado suministrar rasgos de la norma dispositiva, cabe ahora señalar que la colisión entre un precepto privado y una norma dispositiva se resuelve en favor de la primera, quedando excluida —no derogada—, la aplicación de la norma dispositiva a la hipótesis específica. La norma dispositiva readquiere su función supletoria si las partes silenciaron el supuesto regulado en la relación contractual.

Pues bien, la comisión de unificación legislativa, decididamente afiliada a una política de protección jurídica del público consumidor y usuario convencido, sacude en actitud socialmente comprometida en favor de la paz social, el sistema de prelación, de jerarquía de las fuentes contractuales, aceptado hasta hoy como un dogma insortable, reforzando a punto tal el derecho supletorio que lo hace prevalecer por sobre el precepto privado, por sobre la autonomía de la voluntad.

De suerte tal que ahora, al derecho imperativo le sucede el derecho supletorio que, normativamente, prevalece sobre la voluntad de las partes. Y esta última queda relegada a la autorregulación de los efectos accidentales de los contratos y que se caracterizan por no ser parte del «tipo» negocial; se añaden al contrato por la voluntad de las partes; no se hallan previstos por el legislador —como en el caso de las normas imperativas y supletorias—, y ordinariamente se trata de modalidades impuestas por las partes al negocio o cláusulas especiales.

El contundente acierto de la comisión de unificación legislativa reconoce su fuente en una de las conclusiones arribadas en La Plata, en ocasión de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y que se expresó así: «Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales típicos, consagrados por normas dispositivas».

El fundamento que corresponde asignar a la nueva jerarquía de normas contractuales que se ha consagrado consiste en bloquear la

posibilidad que, a través de cláusulas predisueltas, se fortalezca inequitativamente la posición contractual del empresario sacrificando el polo débil del vínculo negocial.

La garantía por evicción (art. 2.089, Código civil) y por vicios redhibitorios (art. 2.163, Código civil) debida por el predisponente se fundan en normas supletorias desde que una y otra pueden ser convencionalmente disminuidas o suprimidas (arts. 2.098 y 2.166, Código civil, respectivamente).

De haberse continuado el orden tradicional de prelación de las normas contractuales, las cláusulas restrictivas o cancelatorias de la garantía por saneamiento y vicios redhibitorios portaban grado preferente por sobre las normas supletorias que consagran la efectividad del derecho. Ahora ocurre lo contrario, el reconocimiento aun por norma supletoria, prevalece por sobre el pacto de no garantía. De tal suerte que la garantía surgente de los artículos 2.089 y 2.163 del Código civil no es factible de ser pospuesta por la voluntad de los particulares en el marco de la contratación predisuista.

Otro ejemplo lo constituye la improrrogabilidad de la competencia territorial, consagrada por una norma supletoria por excelencia desde que es factible, por conformidad de partes, pactar la sumisión a un juez o tribunal distinto del previsto por el legislador (art. 1., Código procesal).

Se trata simultáneamente de una renuncia al derecho del adherente y una aplicación del derecho del predisponente desde que la cláusula de «foro prorrogando» permite concentrar los eventuales conflictos judiciales en el fuero correspondiente a la sede del domicilio del último, fracturándose así el equilibrio procesal de las partes y desembocando, en ocasiones, en una situación de efectiva indefensión del adherente. Pues bien, a partir de la vigencia del artículo 1.157, inc. 2.º, del Código civil, la norma que por principio establece la improrrogabilidad de la competencia territorial, no podrá ser factible de pacto en contrario.

IX. UN SUPUESTO DE SUBSISTENCIA DE CLAUSULAS QUE IMPORTEN RENUNCIA O RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS DEL ADHERENTE O AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PREDISPONENTE QUE RESULTEN DE NORMAS SUPLETORIAS

La aplicación referente a las normas supletorias, sufre una excepción: «... que conforme a las circunstancias hayan conocido o usando la debida diligencia hayan debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las hayan aprobado expresa y especialmente por escrito...».

Se deben reunir, de acuerdo al texto legal, varios requisitos para que la renuncia o restricción de derechos del adherente o ampliación

de derechos del predisponente subsistan como contenido de cláusulas predispuestas: a) Que las condiciones generales objeto de la misma hayan sido conocidas o usando la debida diligencia hayan debido ser conocidas por el adherente antes de concluir el contrato. b) Que las haya aprobado. c) Que la aprobación se haya declarado a través de una forma expresa y escrita.

El texto se ha servido del modelo impuesto por el artículo 1.341 del Código civil italiano. Y en base al mismo es factible extraer algunas conclusiones:

- a) Carecen de efecto vinculante las condiciones generales conocidas por el adherente con ulterioridad al perfeccionamiento del contrato.
- b) La carga probatoria sobre el conocimiento de las cláusulas recae sobre quien pretenda hacerlas valer como fundamento de su pretensión.

c) Al conocimiento de las cláusulas, el proyecto le añade el principio de autorresponsabilidad en tanto declara la eficacia de las condiciones generales que habrían debido ser conocidas usando de la diligencia ordinaria. Lo afirmado, de todas formas, se ve amortiguado por la circunstancia que, si bien es cierto se requiere del adherente la observancia de un deber propio de diligencia, consiste en informarse del contenido de la futura relación negocial por desarrollar, relativamente existe un deber de comunicación por el predisponente acerca de la configuración interna del contrato por él redactado.

d) El adherente deberá aprobar las cláusulas aludidas en el artículo 1.157, inc. 2.º, a través de una declaración expresa y escrita. Se ha acudido a un mecanismo indirecto e inequívoco de conocimiento por el adherente. Y desde la perspectiva del predisponente se logra aislar la posibilidad de la introducción subrepticia de la cláusula en el contrato, lográndose así una protección particularmente intensa del adherente en cuanto al conocimiento y valuación de la cláusula predispuesta.

e) En razón que el propósito perseguido al adoptarse una forma solemne para la eficacia de la cláusula, consiste en advertir al adherente sobre la onerosidad de la cláusula que importa renuncia o restricción de sus derechos o que amplía los del predisponente, es insuficiente la aprobación escrita de la totalidad de las condiciones generales que integran el contrato, pues en ese caso carecería de virtualidad la expresión «especialmente».

La exigencia legal se aplica a una declaración específica, individual y precisa de cada una de las condiciones generales referidas en el inciso.

X. LA CLARIDAD Y LEGIBILIDAD DE LAS CLAUSULAS PREDISPUESTAS

Las cláusulas predispuestas deberán ser claras y fácilmente legibles:

- a) Ante todo afirmamos que la claridad está referida a la inteligibilidad, a la facilidad de la comprensión, en este caso, del lenguaje escri-

to, a la limpieza de la expresión. La cláusula oscura se tendrá por no convenida. Se trata de una aplicación del principio que impone la obligación de «clare loqui», de hablar claro. Lo que es incomprensible, inentendible e ininteligible no es factible de ser interpretado, de allí que estimemos como genuino acierto que el recaudo de la claridad no haya sido incorporado como directiva de interpretación, pues una condición general cuyo contenido no es factible de ser racionalmente comprendido queda sustraído a toda regla de interpretación, pues ésta como actividad que tiende a indagar el significado o alcance de una declaración, se torna inaplicable cuando la declaración que se intenta interpretar carece de significado.

Distinta es la hipótesis de la cláusula predispuesta, cuyo contenido es ambiguo, incierto, en cuanto consiente dos o más interpretaciones, pero literalmente clara. En este caso es de aplicación, ya como directiva específica de interpretación, el artículo 1.197, inc. 3.^º, letra c), la que la vuelve contra el predisponente redactor.

La claridad del texto contractual, como exigencia normativa, tiene antecedentes en nuestro país. Ejemplo de ello son el artículo 14 de la Ley 19.724 de prehorizontalidad, donde refiriéndose a los contratos celebrados entre propietario y adquirente se sostiene que serán redactados en forma clara y fácilmente legible, y el artículo 11 de la Ley 17.418 de seguros, donde se establece que el asegurador entregará al tomador un instrumento debidamente firmado, que sea fácil y claramente legible.

Desde una visión comparatística recordamos que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 vigente en España, establece en su artículo 10 que las cláusulas, condiciones o estipulaciones generales «... deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...».

A su turno la Ley de Defensa del Consumidor vigente en Portugal, 29/1981, establece en su artículo 7, que «el consumidor tiene derecho a la igualdad y a la lealtad en la conclusión de contratos, que se manifiestan específicamente:... b)en la redacción de manera clara y precisa y en términos fácilmente legibles, bajo pena de que sean tenidas por no escritas las cláusulas de los contratos que tienen por objeto el aprovisionamiento de bienes y servicios».

Como se advierte, se trata de requisitos formales y esenciales, porque al apuntar a la comprensión directa del contenido contractual, indirectamente aluden al conocimiento efectivo de la configuración interna, al punto tal que la cláusula oscura se tendrá por no convenida con fundamento en que no existe sometimiento a un contenido contractual que se ignora.

b) Entendida la legibilidad como posibilidad real y efectiva de poder leer fácilmente lo escrito, ha sido incorporada en el artículo 1.157, inc. 2.^º, como requisito formal y esencial de las cláusulas

predispuestas. El fundamento ya no está dado ahora directamente en la posibilidad de conocer el texto contractual, sino en evitar que la ilegibilidad de los caracteres impresos desalienten el examen o análisis previo del contenido negocial, e indirectamente, con ello, la toma de conciencia del texto contractual.

De ahora en más, deberán suprimirse los caracteres «finos», la lectura dificultosa, los defectos de apariencia, y reemplazarlos por un impreso visible, ostensible, manifiesto, evidente. Obsérvese que el Código de seguros vigente en Francia desde 1976 cuenta con dos disposiciones atinentes a la cuestión. Una de ellas, el artículo 112-3.º, dispone que el contrato de seguro deberá ser redactado en caracteres aparentes. Y a su turno el artículo 112-4.º al enunciar las indicaciones que debe incluir la póliza, establece en su parte final, que las cláusulas que dispongan nulidades o caducidades no son válidas si ellas no son mencionadas en caracteres muy aparentes. Y todo ello, sin consideración al contenido de la cláusula. Todas, sin excepción, deberán ser fácilmente legibles. La solución que suministra la comisión es la que satisface en plenitud el principio de la buena fe, el punto que, el efecto jurídico que sigue a la aplicación de una cláusula predispuesta ilegible, será tenerla por no convenida.

XI. LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD

Hemos puesto de relieve que la proyectada regulación de las estipulaciones predispuestas sujetas a invalidez, se halla basada en la estructuración de cláusulas abiertas, que cubren un amplio espacio de los pactos usuales en la práctica negocial.

Sin embargo, la comisión de unificación legislativa abordó con particular atención, a nuestro juicio muy criteriosamente, el problema de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

Sucede que el pacto tendente a liberar al deudor de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento imputable y dañoso de la obligación asumida, comporta, en verdad, nada menos que la renuncia anticipada del acreedor, al derecho de ejercer la acción indemnizatoria. Con lo que queda desatendido el principio comutativo del reparto de los intereses en conflicto, amparado por uno de los pilares fundamentales del derecho privado, cual es el esquema de la ejecución forzada, previsto entre nosotros por el artículo 505 del Código civil.

En rigor, el tratamiento de las cláusulas limitativas de responsabilidad ha preocupado desde siempre a los distintos sectores exponentes de la ciencia jurídica.

Incluso así ha sido en el marco del contrato discrecional, producto de la libre configuración interna del contenido negocial.

La cuestión no ofrece dudas en orden al pacto de dispensa del dolo, vedado en nuestro ordenamiento por el artículo 507 del Código

civil, que adopta un criterio universal, tendente a neutralizar la validez de estipulaciones que implican asumir obligaciones bajo condición potestativa.

Pero también en torno a las cláusulas limitativas de responsabilidad por incumplimiento culposo —todavía dentro de la órbita del contrato discrecional— han surgido posturas encaminadas a condicionar su validez.

En la doctrina nacional, si bien un sector se pronunció indiscriminadamente por la eficacia de la dispensa de la culpa, paulatinamente vienen sugiriéndose una serie de restricciones.

Apuntan, por un lado, a los supuestos en que las convenciones exonerativas de responsabilidad en razón de la culpa, afectan al orden público, la moral y las buenas costumbres, o los principios de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

En segundo término, específicamente, los autores que postulan la admisibilidad de rescatar en nuestro derecho la idea de la graduación de culpas cuando se trata de una apreciación en concreto, auspician la invalidez de la dispensa anticipada de la culpa grave, porque atenta contra la esencia misma del vínculo obligatorio.

XII. INVALIDEZ DE LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD EN LA CONTRATACION PREDISPUESTA

Ahora bien, incuestionablemente la perspectiva debe ser más severa en cuanto a la eficacia del pacto, desde que ingresamos al análisis del cuadrante de la contratación predispuesta.

Nos hemos enrolado antes de ahora en la tesis de elevar a regla general la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad, cuando el deudor viene dispensado de reparar por incumplimiento en la órbita de los contratos por adhesión, cuya configuración interna no viene concebida en un pie de igualdad con el acreedor adherente.

Por lo demás, es solución adoptada por los distintos sistemas del derecho comparado que regulan específicamente las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.

Así el artículo 1.341, apartado 2.^º, del Código civil italiano, establece que carecen de efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, en favor de quien las ha pre-dispuesto, limitaciones de responsabilidad.

También la disciplina del AGBG de Alemania Federal, enuncia entre las cláusulas prohibidas sin posibilidad de apreciación judicial, aquellas que excluyen o limitan la responsabilidad por daños fundados en una violación del contrato por culpa grave del predisponente, o por dolo o culpa grave de sus representantes legales o auxiliares, haciéndose extensiva la prohibición a los daños derivados de la viola-

ción de obligaciones relativas a las tratativas contractuales (parág. 11, inc. 7).

Lo propio acontece en Francia. Por Ley 78-23 del 10 de enero de 1978, se estatuye que pueden ser prohibidos, limitados o reglamentados por decretos del Consejo de Estado, los pactos relativos a extensión de responsabilidades y garantías impuestos a los consumidores por un abuso del poder económico de la otra parte, y que confieran a ésta una ventaja excesiva (art. 35). Y el decreto 78-464, del 23 de marzo de 1978, reglamentario de dicha Ley en orden a la protección e información de los consumidores de productos y servicios, señala que los contratos de venta concluidos entre empresarios y consumidores, está prohibida como abusiva la cláusula que tenga por objeto reducir el derecho a reparación del consumidor, en caso de incumplimiento por el empresario, de cualquiera de sus obligaciones (art. 2).

Finalmente, la Ley española 26, de 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, en materia de protección de los intereses económicos y sociales (cap. III), afirma que una cláusula prescinde la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, cuando establece limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario [art. 10, inc. 1.^º c)].

XIII. LA PERSPECTIVA DEL PROYECTO DE UNIFICACION LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL

Lo hasta aquí expuesto tiene el propósito de poner en evidencia la preocupación subrayada del Derecho moderno, que viene desviando con suma nitidez la atención hacia el tema que nos convoca.

Subyace inocultablemente la convicción de que pocas condiciones generales, como aquellas por la cual se estipula la limitación de responsabilidad del predisponente, apuntan a reafirmar tan abusivamente el poder contractual del polo dominante de la relación, que a través de las fórmulas de la contratación predispuesta puede incluir unilateralmente tales cláusulas.

El proyecto de unificación legislativa civil y comercial se hace eco de esta trascendente evolución de la ciencia jurídica, al regular específicamente la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta, en el artículo 1.157, inc. 1.^º, del Código civil.

La solución se incorpora a partir de un criterio novedoso, que echa raíces en la diferenciación entre las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, y las que la limitan por daños materiales.

En el primer supuesto (dispensa por daños corporales), la invalidez del pacto es incondicional. Recibe la misma solución normativa diseñada respecto a las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (ver supra, parág. 7.^º).

La segunda hipótesis (dispensa por daños materiales), también queda sujeta a nulidad, pero siempre y cuando la limitación de responsabilidad no venga compensada mediante una adecuada equivalencia económica en favor del adherente.

Por lo demás, la distinción apuntada cobra relevancia sólo en orden a la dispensa de la culpa leve, desde que la exoneración de la culpa grave —reiteramos nuestra opinión—, en todos los casos, queda vedada en cuanto implica una típica hipótesis de pacto que provoca la desnaturalización de la obligación, y, por ende, sujeto siempre a invalidez (ver supra, parág. 7.º).

XIV. LA DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS CORPORALES Y DAÑOS MATERIALES

La idea de diferenciar las consecuencias jurídicas de las cláusulas limitativas de responsabilidad, según tengan por objeto daños corporales o daños a los bienes del consumidor, ha sido diseñada por Mazeaud-Tunc.

Al abordar la temática de los daños a las personas, los citados tratadistas sostienen la invalidez de la cláusula de irresponsabilidad, aún por culpa leve, cuando atente contra el cuerpo, o en general los derechos personalísimos, como el honor, o afecte la moral. Argumentan que el orden público se opone a legitimar todo consentimiento de la futura víctima contra derechos inviolables, como sería el reclamo de la reparación derivada de los aludidos atentados.

Concluyen que en cambio es válido el pacto cuando apunta a liberar al deudor de las consecuencias patrimoniales de los daños verificados directamente en los bienes del acreedor, pues no se halla interesado el orden público.

Se trata al cabo de una separación o deslinde, que en última instancia recoge la clasificación sugerida por el vigente artículo 1.068 del Código civil, respecto a los daños patrimoniales, en directos e indirectos. Los daños directos afectan inmediatamente las cosas de que se tiene dominio o posesión. Los daños indirectos recaen sobre el patrimonio sólo como una consecuencia mediata, como reflejo de perjuicios causados, v. gr., a la persona misma.

Y a nuestro juicio es acertada la utilización del distingo —como lo ha hecho la comisión de unificación legislativa— en materia de cláusulas limitativas de responsabilidad, para acentuar el rigor del control sobre las relativas a daños corporales, porque venimos participando, desde antes de ahora, del criterio que ampliamente auspicia la invalidez de la dispensa de la culpa, aun la leve, cuando el contenido del pacto (v. gr., como en el caso en examen, al disponer de derechos inviolables), afecte al orden público, la regla moral y a las buenas costumbres.

Cabe por fin destacar que la separación de los regímenes aplicables a los daños corporales y materiales, ha sido adoptada también como solución en otras materias. Así, en diversos sistemas de tarificación de la reparación, v. gr., la directiva de la Comunidad Económica Europea sobre responsabilidad por daños de productos defectuosos, que fija diferentes topes indemnizatorios según los perjuicios recaigan sobre la persona misma o sus bienes, y el artículo 160 del Código Aeronáutico argentino (Decreto ley 17.285/67, que siguiendo los lineamientos de la convención de Roma de 1952 sobre responsabilidad por daños causados por aeronaves a terceros en la superficie, a los fines de distribuir el resarcimiento —globalmente tarificado— entre todas las víctimas de un mismo accidente, establece una preferencia en favor de quienes han sufrido perjuicios corporales, cuando concurren con damnificados afectados en sus bienes.

XV. REGIMEN DE LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CORPORALES

Creemos que es valioso proyectar el mencionado distingo, hacia otras esferas del derecho de daños, como propicia la comisión especial de unificación legislativa en relación a las cláusulas de irresponsabilidad.

Porque la idea se encarrila en una línea de política jurídica, que viene fundada en el imperativo de privilegiar el amparo de los derechos a la vida e integridad física, incuestionablemente apoyados en la más alta escala de la jerarquía de las garantías constitucionales.

Se trata de un rumbo al que no puede sustraerse el sistema iusprivatista que persigue la sanción y la reparación de los atentados al cuerpo humano, que queda integrado por el régimen de invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad por daños a la persona.

Dentro del marco de la reseñada concepción, el proyecto de unificación legislativa civil y comercial auspicia la consagración de un régimen de invalidez incondicional, respecto a las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales. Esto es, solución análoga a la que se plantea en relación a las condiciones generales de los contratos por adhesión, que desnaturalicen las obligaciones.

XVI. REGIMEN DE LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LOS BIENES

Cuando la dispensa de la culpa contempla los daños materiales (a los bienes), la regla propuesta sigue siendo la invalidez de la cláusula. Sólo que ese efecto está condicionado a la circunstancia que la limitación de responsabilidad, no haya quedado compensada, al

modelarse la configuración interna del contrato, a través de una adecuada equivalencia económica en favor del adherente.

En otras palabras, la validez de la cláusula de exoneración por daños a los bienes, es de carácter excepcional. Supone la existencia de una contrapartida económica, que justifica la renuncia efectuada por el acreedor al derecho de ejercer las acciones indemnizatorias correspondientes en caso de incumplimiento.

La idea había sido propiciada por nuestra Jurisprudencia, v. gr., al examinar las cláusulas de no responsabilidad predisposta por la empresa del Estado «Ferrocarriles Argentinos», relativas a los daños que por incendio pudiera sufrir la mercadería depositada. Las mismas fueron consideradas válidas, en razón del sensible abaratamiento de la contraprestación percibida del usuario.

La adecuada equivalencia económica, entonces, debe ser acreditada por el predisponente, para pretender la validez del pacto. Claro que la órbita del contrato por adhesión, el empresario no podrá alegar una hipotética «mayor contraprestación» a su cargo, ni un «abaratamiento de la prestación del usuario», que surgiere de las propias condiciones generales. Porque la típica uniformidad de las mismas, implica que revisten un diseño análogo para todos los clientes, y entonces mal puede pensarse que de ellas surja una situación especial para algún consumidor.

En realidad, la adecuada equivalencia económica, que compense la limitación de responsabilidad, sólo podrá fundarse en el caso concreto, demostrando una situación especial en orden al valor de las recíprocas prestaciones. Esto es, en la existencia de condiciones particulares del contrato (precio, etc.), pactadas con relación a algún acreedor, en términos más favorables que respecto a la generalidad de la clientela. O bien, acreditando el empresario, que globalmente ofrece al conjunto de sus clientes, condiciones más favorables que otros competidores en el ejercicio de la actividad del ramo respectivo, en cuanto al valor de las prestaciones recíprocas (v. gr., si se percibe un precio menor por similar bien o servicio, etc.).

A la luz de los lineamientos expuestos, la reforma introduce como regla general, la invalidez de las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente por daños materiales. El régimen de nulidad está condicionado a la falta de la adecuada equivalencia económica, y entonces es menos severo que el previsto para las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y las limitativas de responsabilidad por daños corporales. Pero en cambio es más severo que el propiciado en relación a las cláusulas abusivas definidas en el artículo 1.157, inc. 2, del Código civil (ver *supra*, parág. 8.º), que por excepción también pueden ser convalidadas, cuando conforme a las circunstancias hayan sido conocidas o usando la debida diligencia hayan debido serlo antes de concluirse el contrato, y hayan sido aprobadas expresa y especialmente por escrito (ver *supra*, párag. 9.º).

Finalmente, cabe destacar, nuevamente, que el condicionamiento impuesto para la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad por daños a los bienes (vale decir, la ausencia de una adecuada equivalencia económica), sólo rige para el caso de incumplimiento por culpa leve. Porque si la inejecución es verificada por culpa grave, la cláusula de irresponsabilidad es nula de pleno derecho (incondicionalmente), en cuanto implica un típico supuesto de desnaturalización de la obligación (art. 1.157 del Código civil). Ello es así porque compromete en extremo la estructura y la esencia de la relación crediticia, al punto que la deuda asumida por el predisponente adoptaría la modalidad de una condición puramente potestativa.

XVII. SINOPSIS DEL REGIMEN DE NULIDAD DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION PREDISPUESTA

- | | |
|---|--|
| <p>I. Cláusulas incondicionalmente nulas.</p> <p>II. Cláusulas cuya nulidad queda condicionada a la falta de una adecuada equivalencia económica.</p> <p>III. Cláusulas cuya nulidad queda condicionada a que el adhérente, conforme las circunstancias, no las haya conocido o debido conocer usando la debida diligencia, ni las haya aprobado expresa y especialmente por escrito.</p> | <ol style="list-style-type: none">1. Las que desnaturalizan la obligación.2. Las que limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales.3. Las que no sean redactadas en idioma nacional, o sean claras, o completas, o fácilmente legibles. <p>Las que limiten la responsabilidad del predisponente por daños materiales.</p> <ol style="list-style-type: none">1. Las que importen renuncia o restricción a los derechos del adhérente que resulten de normas supletorias2. Las que amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias. |
|---|--|

XVIII. ASPECTOS DE LA NULIDAD DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Al disponer el proyectado artículo 1.157 del Código civil con relación a las cláusulas abusivas reguladas, que se tendrán por no convenientes, logra con dicha fórmula, como efecto normativo, con suma riqueza, imponer una serie de consecuencias jurídicas.

En primer término deja establecido el efecto propio y principal que sigue a la predisposición de la estipulación leonina. Esto es, la nulidad, como sanción legal con que el derecho positivo rechaza el fenómeno de la cláusula abusiva incorporada a los contratos por adhesión a condiciones generales, y que consiste en la privación de las consecuencias propias del acto, que la ley reputa, queridas por las partes.

En segundo lugar, esa misma expresión («se tendrán por no convenientes») resuelve también el problema de la extensión material que ha de atribuirse a la sanción de nulidad, respecto al contenido del contrato: el alcance de la invalidez es parcial. Se circunscribe singularmente a la cláusula abusiva, subsistiendo la validez del negocio.

Finalmente, por añadidura, la fórmula consagrada trae aparejada como tercera consecuencia jurídica, la automática vigencia del derecho dispositivo, que viene a suplantar al precepto privado, prevaleciendo sobre la autonomía de la voluntad, que exteriorizada a través de cláusulas abusivas tendía a fortalecer inequitativamente la posición contractual del predisponente, sacrificando el polo débil del vínculo negocial.

XIX. CARACTER PARCIAL DE LA NULIDAD

Cabe destacar que la solución de la nulidad parcial, ha sido prevista ya por el artículo 1.039 del Código civil vigente, que en su aplicación al campo de los contratos por adhesión se eleva, a nuestro juicio, a regla general.

Efectivamente, dicha norma establece un deslinde entre el campo de aplicación de la nulidad parcial y total, sobre la base de la separabilidad o no de las distintas disposiciones del acto. A partir de esas pautas y de esenciales directivas de interpretación, tales como la «finalidad práctica perseguida por las partes» y el «principio de conservación del negocio», el examen del artículo 1.039 del Código civil lleva a la conclusión que cuando sin la cláusula singular, el contrato de todos modos hubiera advenido, la nulidad será parcial.

Y en materia de contratos por adhesión, la necesidad de apuntalar el campo de aplicación de la nulidad parcial, se hace ostensible.

En primer lugar, porque en su ámbito, mal puede hablarse de «intención común» de las partes, atento la falta de participación del adherente en la configuración interna del contrato, y entonces no es factible concluir que alguna cláusula nula sea «querida» por él, en un íntimo nexo con el resto del negocio.

Pero además, porque la nulidad parcial es la solución acorde a todos los supuestos de cláusulas de objeto contrario a la ley, a la moral y las buenas costumbres. Por eso, es tendencia muy acusada la de mantener la existencia del contrato, no obstante adolecer de

nulidad alguna estipulación predispuesta. De lo contrario, se permitiría que mediante el establecimiento de condiciones generales contrarias a la ley o al orden público, el empresario pueda tener en sus manos la posibilidad de anular el negocio, cuando quiera, en su totalidad.

La solución de la nulidad parcial neutraliza esa hipótesis, porque se inspira precisamente en la preocupación de que los efectos de los contratos respondan no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que deriven del orden público, la moral y las buenas costumbres, y con ello asume un decidido amparo de la parte débil.

Por lo mismo, el principio que impide alegar la propia torpeza, torna jurídicamente inaudible (y en esto se avecina a la doctrina de los actos propios) la pretensión de anular un negocio irregular, esgrimida por el propio contratante culpable de predisponer el contenido ilícito. Si él diseña un íntegro proyecto contractual apuntando a la satisfacción de su finalidad económica, no tiene luego derecho a impugnar el acto completo, porque buscaría de ese modo nuevamente su exclusivo beneficio, aunque dirigiendo ahora su conducta en sentido contrario: el de la desintegración total de la convención, que ya «no le sirve», una vez tachada la estipulación viciada que su torpeza generó, y sin la cual su interés no llega a alimentarse plenamente.

El proyecto de unificación legislativa civil y comercial se inscribe felizmente en dicha tendencia. En ella confluyen como valores fundamentales la seguridad jurídica y la justicia, para dar preferencia, en amparo de la buena fe, al mantenimiento de la validez del convenio, como derecho del contratante afectado, por sobre la virtual amenaza de una amputación total del acto, hipótesis que operaría en el solo beneficio del predisponente.

Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas (*)

Prof. Dr. PETER ULMER

Universidad de Heidelberg

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Retrospectiva.*—1. La dinámica propia de la LCC.—2. Su puesta en práctica en los contratos con consumidores.—3. Sobre la calidad técnico-jurídica de la LCGC.—4. Sobre la regulación como derecho privado especial.—5. La jurisprudencia respecto a las disposiciones generales (§§ 1-6 AGBG).—III. *Especialidades de la LCGC respecto a otras Leyes de derecho privado especial.*—1. El carácter general de su ámbito material de aplicación.—2. La cláusula general del parágrafo 9 AGBG como encargo a los tribunales para que desarrollen el derecho de los contratos.—IV. *Sobre la aplicación de la LCGC a las relaciones entre empresarios.*—V. *Perspectivas.*—1. No hay necesidad alguna de una reforma general.—2. Sobre la evolución jurídica en el extranjero y a nivel europeo.—3. Valoración final.—VI. *Resumen.*

Traducción: JESUS ALFARO AGUILA REAL.

(*) **Nota introductoria del traductor:** El trabajo que publicamos a continuación reproduce la conferencia del profesor Ulmer que sirvió de apertura al segundo fórum organizado por la Editorial Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, los días 26 y 27 de marzo de 1987 en Bonn, para conmemorar los diez años de la promulgación de la Ley Alemana de Condiciones Generales de 1 de abril de 1977 (AGB-Gesetz).

El profesor Ulmer es, sin duda, uno de los mayores especialistas en el Derecho de las condiciones generales y, además de numerosos artículos, ha publicado un comentario a la Ley junto con los profesores Hensen y Brandner (vid. nota 7) que ha alcanzado ya la 5.^a edición con una extensión de más de 1.000 páginas.

La Ley fijó y desarrolló los principios de control establecidos por la jurisprudencia alemana, la cual ya en 1906 había iniciado el control del contenido de las condiciones generales con la finalidad de proteger al cliente frente a los abusos derivados del ejercicio unilateral del poder de configuración del contenido de los contratos. Dicha jurisprudencia se basó primero en la cláusula general de buenas costumbres (§ 138 BGB) y se limitaba a los supuestos en los que el predisponente gozaba de una posición de monopolio. Posteriormente y gracias sobre todo a la influencia de la obra de Raiser (*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1935*), el control se extiende a cualquier tipo de condiciones generales y se traslada el apoyo legal a la cláusula de buena fe del parágrafo 242 BGB. Sin embargo, la Ley se ha «salido de madre», y como el profesor Ulmer explica, ha pasado a ocupar un lugar central en el moderno Derecho civil alemán, como una auténtica *Parte General* del Derecho de los contratos de adhesión.

La influencia de esta Ley se ha extendido fuera de las fronteras alemanas (como lo prueba la Ley de Protección del Consumidor austriaca de 1979 o el Decreto-Ley

I. INTRODUCCION

Celebrar aniversarios «redondos» constituye una sana costumbre no sólo de los políticos que están ya acostumbrados a ello, sino, en general. Amigos y adversarios acuden en masa, las riñas y querellas parecen olvidadas por un día y las navajas permanecen en las faltriqueras. La fiesta se celebra bajo el signo de conversaciones amistosas.

Es dudoso que el «niño» cuyo cumpleaños celebramos pueda esperar un trato amistoso semejante. Las dudas surgen porque de la cuna donde fue colocado con las bendiciones de todos los partidos en el Parlamento ha saltado con una velocidad sorprendente (para algunos incluso excesiva) y se ha plantado en la mayoría de edad tan sólo diez años después. Este rápido desarrollo lo debe, además de a sus propios méritos, al apoyo que —como buenos padrinos— ha recibido de los tribunales y de las asociaciones de consumidores. Es cierto que también se ha ganado no pocos enemigos, cuyas críticas a pesar del festejo no han dejado de oírse.

Las críticas y las alabanzas a la LCGC no nos han cogido de sorpresa. Algunas de ellas hemos podido leerlas ya en los últimos años. En suma, las actitudes respecto a la aplicación de la Ley podrían dividirse en tres grupos que denominaríamos los optimistas, los pesimistas y los revisionistas. Como representante de los *optimistas* puede designarse a Schlosser, uno de los padres de la Ley, quien hace ya dos años hizo un balance completamente positivo de la misma: según él, ya no quedarían en circulación cláusulas claramente abusivas, sino en todo caso, algunas dudosas o sospechosas y de vez en cuando algunas menudencias redactadas sin cuidado alguno; la acción de cesación a favor de las asociaciones habría conseguido barrer del mercado la totalidad de las cláusulas claramente ilegales (1). Los *pesimistas*, entre los que designaré como representante a Löwe, como

portugués sobre «cláusulas contractuales generales» 446/85. de 25 de octubre) y ha alcanzado especialmente a nuestro país, donde el artículo 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios ha recogido —si no la calidad, sí los principios inspiradores de la AGB-Gesetz—. Además, el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de los Contratos (2.ª versión, enero, 1988) ha seguido muy de cerca la misma tanto en sistemática como en contenido.

La Ley alemana ha suscitado, por ello, un gran interés entre nuestra doctrina, como lo demuestra su traducción, ya en 1978 (por García Amigo en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 382 y ss., con breves anotaciones) y las referencias que pueden encontrarse en los trabajos que se han ocupado de las condiciones generales (SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: *El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo*, en «RDM», 1980, núms. 157-158, pp. 385-436. CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las CGC y la protección del consumidor*, en «ADC» 1983, pp. 1192 y ss. ALFARO J.: *La interpretación de las condiciones generales de los contratos*, en «RDM», 1987, pp. 7 y ss. Además, la «Revista de Estudios sobre el Consumo» publicó en 1985 un pequeño trabajo de Norbert Reich sobre la aplicación del control del contenido de la Ley por la jurisprudencia alemana [EC, núm. 6 (1985), pp. 21-27].

(1) SCHLOSSER: *ZIP* 1985, 449. También optimista SCHMIDT-SALZER: *BB* 1983, 1251, 1255.

otro de los padres de la Ley con una cita suya de 1983, realizan una valoración de la aplicación de la Ley completamente contraria. Löwe critica especialmente la dificultosa puesta en práctica de la acción a favor de las asociaciones y responsabiliza de ello a la escasa dotación de medios con que cuentan las asociaciones en el ámbito de los consumidores, y en el ámbito mercantil a que los agentes económicos se han abstenido totalmente de utilizar dicha posibilidad, lo que casi ha significado un boicot a la oferta del legislador (2).

Por último, las más duras críticas las ha recibido y las recibe la Ley por parte de los *revisionistas*, esto es, por parte de las empresas (3). El crítico más conocido es probablemente Stumpf, que como portavoz de la Asociación Alemana de Fabricantes de Maquinaria (VDMA) ha acuñado la frase según la cual la Ley habría sido como «arena en los engranajes de la actuación empresarial (* NT) y ha acusado a la Ley, y sobre todo a su interpretación extensiva por la jurisprudencia y la doctrina de no atender y penalizar las necesidades y exigencias de la economía (4). La crítica recuerda, por su forma y sus dimensiones, a la postura adoptada por los representantes empresariales en el 10.º aniversario de la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia en 1968. El entonces presidente de la Asociación Federal de la Industria Alemana la resumió diciendo que él no había ocultado nunca que la Ley de Prácticas Restrictivas no le gustaba y que los argumentos, temores y advertencias que él había expuesto al comienzo se había confirmado ampliamente diez años después; que la industria resultaba discriminada por la ampliación de la Ley y que era de temer que con una Ley prohibitiva demasiado amplia se produjera una burocratización de la competencia (5).

Desde entonces, los sectores económicos han hecho las paces con la Ley de Prácticas Restrictivas sin que haya que decidir ahora si ello ha sido producto de la resignación frente a lo inevitable o del

(2) LÖWE: *Lowé-Graf * von Westphalen-Trinkner-Großkommentar zum AGBG*, vol. II, 2.ª ed., 1983, vor § 13, n.º marg. 24s. En sentido parecido: Münchener Kommentar GERLACH: *BGB*, 2.ª ed., 1984, vor § 13, n.º marg. 29s, 39s. BOHLEMICKLITZ: *BB* 1983, fasc. 11, pp. 2 y 7.

(3) Vid., por ejemplo, además de Stumpf (*BB* 1985, 963), la crítica global de difícil comprobación de FRITZSCHE: *WM* 1986, 1576, la cual culmina con la afirmación de que aparte de la insuficiente calidad (?) de la Ley, habría que poner no poco (?) en cuestión, tanto su función protectora para los sometidos a las cláusulas, como su función orientadora para los que utilizan condiciones generales.

(4) STUMPF: *BB* 1985, 963.

(5) Fritz Berg en las palabras introductorias a diez años de la Ley de carteles, 1958-1968. Una valoración desde el punto de vista de la industria, 1968 (10 Jahre Kartellgesetz 1958-1968. Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, 1968).

(* NT) La frase alemana es «Sand im Getriebe unternehmerischen Handels», lamentamos no haber encontrado una traducción mejor, pero creemos que en todo caso el sentido de la frase de indicar que la Ley ha dificultado la actividad de las empresas se deduce también del significado literal de la frase en español.

reconocimiento de la necesidad de condiciones marco para proteger la libertad concurrencial. No me atrevo a predecir si se acostumbrarán también a la LCGC, y en su caso cuándo.

II. RETROSPECTIVA

1. La dinámica propia de la Ley

Con estas breves citas termino el repaso a las distintas opiniones que sobre la Ley y su aceptación se han expresado en los círculos de los empresarios afectados y paso a ocuparme del tema «Retrospectiva y perspectivas» que de modo genérico es el objeto de la exposición. Para empezar con la *retrospectiva*, ha de constatarse en primer lugar, que la Ley a pesar de su apoyo en los principios de control e interpretativos aplicados por la jurisprudencia anteriormente, ha desarrollado en poco tiempo una *dinámica propia* y que ha influido profundamente en las condiciones en que se mueve el tráfico jurídico masificado (6). Aunque yo no puedo desde mi posición aportar muchos datos respecto al grado de aplicación de la Ley en los distintos niveles económicos y de mercado (7), las más de 1.000 sentencias referidas a la LCGC que han sido recogidas por Bunte (8) en los años que van desde 1977 a 1984 hablan por si solas. Los autores que han realizado comentarios a la Ley podrían hablar de lo que cuesta ordenar y analizar en cada nueva edición semejante volumen de decisiones judiciales. No parece exagerada la indicación realizada desde círculos empresariales en el sentido de que los libros y artículos sobre la Ley ocupan ya más de dos metros de estantería (9)

2. Su puesta en práctica en los contratos con consumidores

En lo que se refiere a los *consumidores* la actuación combinada del control abstracto y el control incidental realizado por los Tribunales ha logrado (10) aclarar la validez de las condiciones generales y

(6) Respecto a la intensificación de los criterios de control como consecuencia de la codificación en la LCGC del control del contenido, vid., más detalladamente, HEINRICH: *Mabtäbe und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes*, en «Heinrichs-Löwe-Ulmer (eds.) Zehn Jahre AGB-Gesetz», Köln, 1987, pp. 32 y ss.

(7) Vid. la panorámica general de ULMER: *Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG*, 5.^a ed., 1987, introd. núms. marg. 45 y ss., con un repaso al estado de la cuestión y a los estudios sociológicos publicados.

(8) Colección de sentencias sobre la AGB-Gesetz, Tomos 1-5, 1982-1986.

(9) Así Stumpf en una carta abierta al presidente del Tribunal Supremo Federal el 28 de febrero de 1986.

(10) Vid. ULMER: (nota 7), introd. núms. marg. 46, 49 con más datos.

llevar a la práctica la finalidad perseguida por la Ley, finalidad que, en contra de lo que se pretendía en algunos sectores dedicados a la protección de los consumidores (11), no se limita a la protección de éstos, sino que —como hoy reconoce una opinión muy mayoritaria— consiste en conjurar los peligros que supone para el cliente la utilización de condiciones generales en general, con independencia de su inferioridad económica o intelectual e impedir que un contratante se aproveche en exclusiva de la libertad de configuración del contenido del contrato (12). Los temores manifestados por estos sectores en el sentido de que al asignar a la Ley una finalidad tan amplia se podría debilitar el empuje y la eficacia de la Ley en el ámbito de los consumidores no se han convertido en realidad. Al contrario, uno de los aspectos más destacables de la Ley es precisamente la unidad en la valoración y enjuiciamiento jurídico de los contratos de masa en los distintos niveles económicos en la medida que ello no se oponga a las peculiaridades del tráfico mercantil; volveré sobre el particular. Ejemplos conocidos de mercados con condiciones generales «limpias» son, entre otros, la venta y reparación de automóviles o el sector bancario y financiero. En este punto ha de destacarse que dicha mejora en la calidad jurídica de las condiciones generales en estos mercados no ha ido acompañada —en lo que puede percibirse— de un encarecimiento ostensible de la oferta. Es más, la limitación de la posibilidad de elevar los precios en condiciones generales (* NT) ha tenido incluso un efecto estabilizador de los mismos. Recuerdo solamente la discusión sobre la «cláusula de precio en la fecha de entrega» en la venta de vehículos (13) (** NT).

(11) Así incluso tras la entrada en vigor de la Ley, DAMM: *JZ 1978*, 173 y ss. REICH: *ZVP 1978*, 236 y ss. Pero también FEHL: *Systematik des Rechts der AGB*, 1979, pp. 90 y ss. GILLES: *JA 1980*, 1 y s.

(12) Vid. más detail. ULMER: (nota 7), introd. núms. marg. 23 y s. con más datos.

(13) Vid. HENSEN: *Ulmer-Brandner-Hensen* (nota 7), §§ 11.1, núms. marg. 10 y ss.

(* NT) El párrafo 11 número 1.º de la Ley alemana declara ineficaces las cláusulas que reserven al predisponente la facultad de elevar el precio de bienes o servicios que hayan de entregarse dentro de un plazo de cuatro meses desde la celebración del contrato. Esta prohibición no se aplica a las relaciones de trato sucesivo.

(**) NT) Ulmer se refiere a una cláusula de condiciones generales utilizada por los fabricantes de automóviles alemanes (*Tagespreisklausel*). A finales de la década de los setenta, los fabricantes de automóviles tuvieron una fuerte alza de la demanda —especialmente la casa Mercedes-Benz— de modo que el plazo de entrega de los automóviles encargados era a menudo de tres o cuatro años desde la celebración del contrato. En las condiciones generales de venta se incluía una cláusula en la que se establecía que «las alteraciones de precio son admisibles sólo cuando entre la celebración del contrato y el plazo de entrega pactado transcurren más de cuatro meses, en cuyo caso el precio válido será el vigente en las listas de precios del vendedor en el día de la entrega. Para las entregas dentro de los cuatro meses desde la celebración del contrato, vale el precio del día de la celebración». Dicha cláusula fue declarada ineficaz por el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia de 7 de octubre de 1981 (BB 1982, 146), por atentatoria contra las exigencias de la buena fe en cuanto permitía al predisponente alterar el precio a su voluntad. La demanda había sido presentada por una asociación de consumidores ejercitando una acción de cesación de las previstas en el párrafo 13 AGB-G, y obligaba a Daimler-Benz a suprimir las cláusulas en todos

Estas referencias no deben entenderse, sin embargo, en el sentido de que la tarea de las asociaciones de consumidores en el ámbito de las acciones de control (tarea que ha sido llevada a cabo de forma modélica por la Asociación de Consumidores de Berlín y la Central de Consumidores de Baden-Württemberg) esté terminada (14). Sigue habiendo trabajos finos y de detalle que realizar. Sin embargo, gracias a que las asociaciones han concentrado su actuación en los clausulados que se utilizan o recomiendan en sectores completos de la producción, los puntos fundamentales se han resuelto satisfactoriamente.

3. Sobre la calidad técnico-jurídica de la LCGC

El juicio respecto a la aplicación de la Ley en las relaciones entre empresarios, debido a que ha sido objeto de polémica, lo analizaremos más adelante de forma específica (infra IV). Si que corresponde, sin embargo, a una retrospectiva realizar un juicio acerca de la *técnica legislativa*, es decir, de la calidad jurídico-técnica del contenido y la estructura de la LCGC. Y hay que decir que en conjunto, la Ley es merecedora de los más elevados elogios (15), lo que por desgracia no puede decirse de la mayoría de las nuevas actuaciones legislativas. El resultado obtenido habla a favor del sólido trabajo realizado por el grupo de trabajo en el Ministerio Federal de Justicia en los años 1973-1975. Tanto la división en tres grandes apartados (disposiciones generales, control del contenido y normas procesales) como la redacción de las normas han resultado en general muy acertadas.

los contratos que la contenían. Como consecuencia de la sentencia, muchos particulares que habían pagado el precio del día de la entrega reservándose sus derechos legales, demandaron a Mercedes alegando la nulidad de la cláusulas y solicitando la devolución de la diferencia entre el precio pagado y el precio vigente en la fecha de celebración del contrato. La cuestión no era baladí; Schlosser titulaba el comentario a la sentencia del Supremo que decidió sobre una de estas demandas del siguiente modo: «La jurisprudencia del BGH sobre la cláusula de precio en la fecha de entrega: ¿800 millones (de marcos) dejados de ganar por Mercedes?» (Jura 1984, pp. 637-643). Sin embargo, la sangre no llegó al río y a pesar de muchas críticas, el Tribunal Supremo rechazó la pretensión de todos los particulares alegando que la eliminación de la cláusula abusiva provocaba una laguna en el contrato que había de ser cubierto en vía de «interpretación integradora del contrato», en el sentido de que el empresario tenía derecho a exigir el precio vigente en el día de la entrega y el cliente tenía derecho a resolver el contrato si la diferencia entre el precio en el día de la celebración del contrato y el pagado efectivamente era notable. De la extensión de la polémica, da una idea el hecho de que no sólo se dio lugar a numerosos artículos, sino que en 1987 se publica incluso un libro dedicado exclusivamente al tema (REINER MOCKENHAUPT: *Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über fabrikneue Personenkraftwagen*, Frankfurt, 1987).

(14) Cifras en BOHLE-MICKLITZ: (nota 2), p. 9. GERLACH: (nota 2), vor § 13, núm. marg. 33 y s. V tb ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 49.

(15) Contra, por ejemplo, FRITZSCHE: WM 1986, 1576 (sin justificación alguna). STUMPF: BB 1986, 965 (remitiéndose exclusivamente al § 24 AGBG).

Un elemento fundamental de la regulación material de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, las normas de control del contenido de los párrafos 9 al 11. Sin embargo, resulta excesivo afirmar, como ha hecho Schlosser (16) que las mismas han provocado una sorprendente pérdida de función de las disposiciones generales, en especial de los párrafos 2 a 5 AGBG. Desde luego, dicha afirmación no es de recibo respecto a los párrafos 3 a 5 LCGC, es decir, de la regulación de las cláusulas sorprendentes y de la interpretación de las cláusulas ambiguas (17). Sí que podría aceptarse que efectivamente su ha producido una pérdida de importancia de las normas sobre inclusión de las condiciones generales en el contrato del párrafo 2 LCGC, aun cuando las sentencias publicadas hasta ahora no permiten apreciar claramente la importancia que las mismas han tenido en los asuntos resueltos en Primera Instancia. En todo caso, puede afirmarse que, frente a los intentos del legislador de poner límites a la utilización de CGC en contra de la realidad práctica, la sensatez se ha impuesto (18). Respecto a las reglas procesales y a los límites del control del contenido previstos en el párrafo 8 remitimos a los trabajos de Löwe y Westermann (19).

4. Sobre la regulación como derecho privado especial

No creo que haga falta seguir discutiendo hoy sobre la decisión tomada en 1976 respecto a regular el derecho de las condiciones generales no en el Código civil sino en una Ley especial. Es probable que los partidarios de una codificación completa del Derecho privado (20) lamenten la tendencia a regular el Derecho privado especial fuera del Código civil (tendencia que ha continuado con la Ley sobre Revocación de los Negocios Realizados en el Domicilio del Cliente). A mi juicio, esto no ha supuesto peligro alguno respecto a la aplicación de la Ley, en el sentido de que —por ejemplo— se produjera una independización de los contratos de masa divergente respecto a la normativa del Código civil más allá de las especialidades recogidas en la LCGC. Además, a la vista de la tendencia de los comentaristas de la Ley a resaltar los elementos comunes entre la LCGC y el Cód-

(16) ZIP 1985, 452.

(17) Vid. la referencia a la casuística en ULMER: (nota 7), § 3, núms. marg. 33 y ss. § 5, núms. marg. 34 y ss.

(18) Contra el establecimiento en la Ley de límites a la inclusión del tipo de los del párrafo 2 en la Ley, ya la sección de Derecho civil del 50.^o Congreso de los Juristas Alemanes (Hamburgo, 1974), conclusión núm. 6 (DJT, *Stzungsbericht H*, p. H 231).

(19) Ambos en HEINRICH-S-LÖWE-ULMER: (nota 6), pp. 99 y s. y 135 y ss.

(20) Así también la sección de Derecho civil del 50.^o Congreso de los Juristas Alemanes, conclusión núm. 1 b) (nota 18).

go civil, no parece que haya que temer que dichos riesgos se actualicen en el futuro. Por tanto, la cuestión de la incorporación de la LCGC al Código civil ha dejado de tener actualidad

5. La jurisprudencia respecto a las disposiciones generales (§§ 1-6 LCGC)

El último punto de la retrospectiva se refiere a *la aplicación de la LCGC por los tribunales*. Aunque, obviamente, el tema tiene una importancia fundamental, aquí nos vamos a referir única y brevemente a las disposiciones generales. La jurisprudencia respecto a las normas sobre control y procesales serán objeto de otras exposiciones.

Dentro de las disposiciones generales, la definición de condiciones generales del parágrafo 1 LCGC (* NT) y la delimitación respecto a los contratos individuales no ha planteado especiales dificultades a la jurisprudencia (21). Siguen existiendo intentos aislados de dar la apariencia de contratos individuales a contratos de masa preformulados, pero dichos intentos han sido atajados rápidamente por los Jueces. También, la polémica que se planteó en los primeros años sobre si la utilización «para una pluralidad de contratos» empezaba con tres, cinco o más contratos (22), se resolvió rápidamente en el sentido de que era una discusión sin apenas sentido, puesto que no se trata del número real de contratos predisuestos que se hubieran celebrado, sino de que se establezca un texto prerrredactado para ser utilizado en una pluralidad de contratos. No ha quedado todavía definitivamente aclarada la cuestión de cuándo y con qué requisitos el predisponente puede inducir al cliente a negociar individualmente aquellos puntos del contrato de especial importancia y respecto de cuya eficacia la Ley establece límites estrictos cuando se trata de cláusulas prerrredactadas (23). Me refiero sobre todo a las limitaciones de responsabilidad respecto a grandes pedidos que implican riesgos, limitaciones que deben admitirse no sólo cuando el predisponente desea pactarlas individualmente, sino también cuando las mismas son la base de su estrategia comercial (24).

(* NT) El parágrafo 1 AGB-G dice: 1) son condiciones generales de los contratos las condiciones contractuales preformuladas para una pluralidad de contratos que una de las partes (predisponente-utilizador) impone a la otra al celebrar un contrato. Es irrelevante tanto que las condiciones constituyan un parte específicamente separada del contrato como que estén recogidas en el propio documento contractual o la extensión, la forma de escritura que presenten, así como la forma que tenga el contrato; 2) no hay condiciones generales en tanto las condiciones del contrato hayan sido negociadas en particular por las partes.

(21) Vid., al respecto, ULMER: (nota 7), núms. marg. 40 y ss. con más datos.

(22) Sobre la discusión vid. las referencias en ULMER: (nota 7), § 1, núm. marg. 25, nota 43.

(23) Vid., más det. ULMER: (nota 7), § 1, núm. marg. 51.

(24) Vid., al respecto, las limitaciones de responsabilidad de los auditores en aquellos encargos en los que el parágrafo 323.2 HGB no se aplica por falta de posibilidad

Respecto a los requisitos de inclusión del parágrafo 2 LCGC (* NT) no se han publicado —como hemos dicho— gran número de sentencias (25). Es difícil decir si la razón se encuentra en que los predisponentes han admitido la mayor parte de las veces la excepción de no inclusión o es que los Jueces han pasado rápidamente por encima de la cuestión. En todo caso, tiene un gran interés una decisión fundamental del Tribunal Supremo del verano de 1986 (26) en la que se da a entender la posibilidad de una *reducción teleológica* de los requisitos de inclusión del parágrafo 2 LCGC para el caso de que aun sin que el predisponente haya cumplido con los deberes o cargas que le impone el parágrafo 2, haya quedado claramente establecido que el cliente tuvo información previa respecto a la inclusión de las condiciones generales. En general, del conjunto de sentencias sobre el parágrafo 2 LCGC puede deducirse que la aplicación del mismo no ha limitado perceptiblemente el empleo de condiciones generales ni tampoco parece que la práctica haya encontrado especiales dificultades para la *modificación* de las condiciones contractuales en el marco de relaciones duraderas, como es el caso de los contratos bancarios (27).

Por el contrario, sí que ha adquirido un peso relevante la norma del parágrafo 3 LCGC (** NT) que impide la inclusión de las cláusulas sorprendentes. La jurisprudencia ha desarrollado dos criterios practicables para su aplicación exigiendo la supresión del *efecto sorpresa* (28). Con ello se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas que por su contenido inhabitual respecto al tipo contractual sean susceptibles de sorprender al cliente, queden recogidas en los formularios de manera visible o que se haga una referencia específica a las mismas de manera expresa. Frente al control del contenido, que lógicamente es subsidiario respecto al parágrafo 3, este precepto ha adquirido especial relevancia para aquellas condiciones generales que

de comparación con las comprobaciones de obligaciones. SCHLECHTRIEM: *BB 1984*, 1177, 1186 y ss.

(25) Vid. SCHLOSSER: *ZIP 1985*, 456. Así como las referencias en ULMER: (nota 7), § 2, núms. marg. 23 y ss., 45 y ss.

(26) BGH *ZIP 1986*, 1126.

(27) Vid. ULMER: (nota 7), § 2, núms. marg. 64 y ss.

(28) Referencias en ULMER: (nota 7), § 3, núms. marg. 12, 22.

(* NT) El parágrafo 2 AGB-G establece como requisitos de inclusión: 1) la obligación de comunicar expresamente al cliente la existencia de condiciones generales aplicables al contrato, y cuando debido a la forma de celebración del contrato el cumplimiento de dicha carga resulte muy difícil, bastará con que el predisponente coloque las condiciones generales en un lugar visible en el local donde se celebre el contrato; 2) obligación de posibilitar al cliente un conocimiento razonable del contenido de las condiciones generales; 3) que el cliente manifieste su conformidad con la validez de las condiciones generales.

(**) NT) Según el parágrafo 3 AGB-G, no forman parte del contrato las cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas que de acuerdo con las circunstancias y en especial con la apariencia del contrato resulten tan insólitas que el contratante no tuviera por qué contar con su existencia.

no son susceptibles de control debido a las limitaciones del parágrafo 8 LCGC (29) (* NT).

Respecto a la prevalencia de los acuerdos individuales establecida en el parágrafo 4 LCGC, un problema importante de los últimos años ha sido la calificación de las *cláusulas de forma escrita* (30) (** NT), que han puesto en dificultades a la jurisprudencia. La razón no está tanto en la norma del parágrafo 4 LCGC como en el hecho de que contra lo que preveía el proyecto original, en el parágrafo 11 LCGC se renunció a prohibir de manera general este tipo de cláusulas. En estas circunstancias no resulta factible negar de manera general la eficacia de las cláusulas de forma escrita en virtud de la prevalencia de los acuerdos individuales. Como la jurisprudencia no ha podido encontrar criterios practicables para decidir la ineficacia en el marco del parágrafo 4 LCGC, la problemática se ha trasladado al marco del control del contenido del parágrafo 9 LCGC, y los criterios que en éste se han establecido parecen razonables (32).

Respecto a la regla interpretativa del parágrafo 5 LCGC, hay que aplaudir por un lado la tendencia de la jurisprudencia posterior a la Ley de negarse a suavizar las cláusulas problemáticas por medio de una interpretación restrictiva en lugar de hacerlo aplicando el control del contenido. Con razón los tribunales exigen como requisito para aplicar el parágrafo 5 LCGC que la cláusula afectada sea ambigua (33). Cuando hoy se utiliza la interpretación restrictiva fuera del parágrafo 5 LCGC, se emplea no como control oculto del contenido, sino, al contrario, para salvar el nucleo no abusivo de las cláusulas (34). Por otro lado, debe destacarse la interpretación «en perjuicio del cliente» de las cláusulas ambiguas en el ámbito del control *abstracto* que la jurisprudencia lleva a cabo asumiendo una propuesta

(29) Vid. OLG DÜSSELDORF: *ZIPP* 1984, 42, 43; o en *WM* 1984, 82, 83. ULMER: (nota 7), § 3, núm. marg. 5.

(30) Más detalles al respecto ULMER: (nota 7), § 4, núms. marg. 29 y ss.

(31) Sobre el origen de la norma vid. ULMER: (nota 7), § 4, núm. marg. 3.

(32) Al respecto, vid. BRANDNER: *Ulmer-Brandner-Hensen* (nota 7), anexo a los §§ 9-11, núms. marg. 627 y ss., 634.

(33) Referencias en ULMER: (nota 7), § 5, núms. marg. 25, 37 y s.

(34) Vid. los informes de BRANDNER y MEDICUS: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), pp. 39 y ss. y 83 y ss. Así como las referencias en ULMER: (nota 7), § 5, núms. marg. 25, 37 y s.

(* NT) El parágrafo 8 AGB-G limita el control del contenido (§§ 9-11) a las condiciones generales que modifiquen o completen disposiciones legales. Con ello se trataba de evitar que el control del contenido fuera utilizado por los Jueces para modificar otras normas jurídicas o para controlar los precios de los bienes y servicios en el mercado.

(** NT) *Schriftformklauseln* son aquellas cláusulas que exigen que cualquier acuerdo individual que modifique las condiciones generales o añada algo a las mismas se recojan por escrito como requisito para su validez (vid. al respecto, ALFARO: RDM 1987, pp. 32-36).

de Schlosser (35) (* NT). Esta interpretación ha servido en gran medida para lograr el cumplimiento de la exigencia de transparencia en beneficio del cliente y ha estimulado a los predisponentes a preocuparse por precisar con claridad el ámbito de aplicación y el contenido de las diferentes cláusulas.

Dentro de la primera sección de la LCGC, la norma más importante ha resultado ser la del parágrafo 6 LCGC sobre las consecuencias de la no inclusión y de la ineficacia de las condiciones generales. La jurisprudencia más reciente —a salvo de unas pocas excepciones— ha rechazado con razón la reducción conservadora de la validez (36) (** NT) y sólo ha admitido la eficacia parcial de aquellas cláusulas abusivas que sean divisibles (37). A favor de esta resolución habla sobre todo la ya citada exigencia de transparencia. Menos clara, sin embargo, ha sido su posición respecto a la interpretación integradora del contrato (38), aunque en todo caso la ha aplicado en los supuestos en que como el de la ineficacia de la cláusula de precio vigente en la fecha de entrega la eliminación de la cláusula no incluida o ineficaz conducía a una alteración del equilibrio contractual (39). En mi opinión, la línea seguida en este punto sobre todo por la Sala VIII de lo Civil del Tribunal Supremo Federal resulta en su conjunto sensata (40).

(35) En STAUDINGER-SCHLOSSER: *BGB*, 12.^a ed., 1980, § 5 AGBG, núm. marg. 7.

(36) Vid., más detalladamente, ULMER: (nota 7), § 5, núms. marg. 5 y s., 33.

(37) Vid., más detalladamente, ULMER-HARRY SCHMIDT: *Ulmer-Brandner-Hensen* (nota 7), § 6, núms. marg. 17 y ss., 20 y ss.

(38) Panorámica general en ULMER-HARRY SCHMIDT: (nota 37), § 6, núm. 45.

(39) Así, por primera vez, BGHZ 88, 78, 85, en NJW 1983, 2632 (Sala IV de lo civil); fundamental, a continuación, BGHZ 90, 69, y 75 y ss., en ZIP 1984, 330 6 en NJW 1984, 1177 (VII Sala de lo civil); con recelo últimamente ZGH ZIP 1985, 1081 o en BB 1985, 1351 y BGH BB 1986, 222, 223 (Sala VII de lo civil).

(40) Sobre la interpretación integradora del contrato en caso de ineficacia de condiciones generales, vid. también ahora, MEDICUS: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (Nota 6), p. 94.

(* NT) El parágrafo 5 AGB-G recoge la regla contra proferentem que supone que las condiciones generales dudosas se interpretan a favor del cliente. En el ámbito abstracto, esto es, en la acción de cesación, sin embargo, Schlosser propuso que las cláusulas dudosas debía atribuirseles el sentido más perjudicial para el cliente, examinando a continuación si entendida en ese sentido era ineficaz de acuerdo con el control del contenido (vid. más det. ALFARO: RDM 1987, pp. 57-59).

(** NT) Por reducción conservadora de la validez (*Geltungserhaltende Reduktion*) se entiende la conservación parcial de una condición general abusiva cuantitativa o cualitativamente, eliminando únicamente la parte abusiva. Así, por ejemplo, una cláusula que establezca un plazo de la vinculación al contrato para el adherente de tres años es abusiva, pero no se declararía ineficaz totalmente —con lo que el cliente no estaría sometido a plazo alguno de vinculación— sino que se reduciría a un plazo compatible con la Ley [el § 11, núm. 12 a) AGB-G, marca un límite máximo de dos años].

III. ESPECIALIDADES DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES RESPECTO A OTRAS LEYES DEL DERECHO PRIVADO ESPECIAL

Hasta aquí la retrospectiva. Permitanme a continuación que me refiera a dos peculiaridades de la Ley que han influido en gran medida en su dinámica y amplia eficacia: el carácter general de su ámbito material de aplicación y la tarea asignada a la jurisprudencia de concretar y llenar la cláusula general del parágrafo 9 LCGC. Aunque ambos aspectos son ya conocidos, merecen ser destacados en un trabajo introductorio.

1. El carácter general de su ámbito material de aplicación

El ámbito material de aplicación de la Ley respecto a los contratos en masa es casi ilimitado. En el parágrafo 23.1 LCGC sólo se exceptúan unas pocas materias que no son típicas de los contratos en masa, como son el derecho del trabajo como materia sometida a un principio de protección específico, así como el derecho de familia y de sucesiones; en el ámbito del derecho de sociedades la exclusión legal también referida al mismo no ha impedido a la jurisprudencia someter a un control del contenido a las llamadas «sociedades públicas» (* NT), apoyándose en principios generales (41). Así, y debido a este carácter general de su ámbito material de aplicación, la LCGC se diferencia básicamente de otros sectores configurados también como derecho privado especial como la regulación del contrato de viaje, de las ventas a plazos, de los arrendamientos urbanos o de la enseñanza a distancia. Incluso la nueva Ley reguladora de la revocación de los contratos realizados en el domicilio del cliente, que también se aplica a todos los contratos onerosos con excepción de los contratos de seguro, afecta, únicamente, a una pequeña parte de los contratos, por cuanto su aplicación tiene como presupuesto que el contrato se inicie a instancia del empresario en el domicilio del cliente.

Esta aplicación genérica a todos los contratos predispuestos unilateralmente explica también la *enorme cantidad de sentencias* al respecto de la que tantas quejas se oyen, así como el hecho de que no haya número de las revistas «NJW», «WM» o «ZIP» en el que no se encuentre al menos una sentencia relativa al derecho de las condiciones generales. Con ello la LCGC se ha convertido en una

(41) Referencias completas en ULMER: (nota 7), anexo §§ 9-11, núms. 445 y ss.

(* NT) *Publikumsgesellschaften* no son sociedades en mano pública, sino sociedades «abiertas al público». El término tiene un significado más sociológico que jurídico y suele utilizarse para referirse a las sociedades anónimas y a la sociedad comanditaria por acciones.

suerte de moderna *Parte General* para los contratos en masa con la única particularidad respecto al libro primero del Código civil de que no sólo se refiere a los requisitos de celebración de los contratos, sino también al contenido de los mismos. La demostración de esta tendencia se encuentra, por un lado, en que los comentarios al Código civil incluyen cada vez con más frecuencia un capítulo independiente para las condiciones generales al comentar los distintos tipos contractuales y por otro lado en que también los comentarios a la LCGC añaden, siguiendo el ejemplo de Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (42), hoy de forma generalizada, comentarios a los distintos tipos de contratos y de cláusulas como anexo a los párrafos 9 al 11 LCGC.

2. La cláusula general del parágrafo 9 LCGC como encargo a los tribunales para que desarrolle el derecho a los contratos

Esta constatación nos conduce a la segunda particularidad de la LCGC: la tarea asignada a los Jueces por la cláusula general del parágrafo 9 LCGC para que *configuren y desarrollen el derecho a los contratos*. Como ejemplo más claro de este reparto de competencias entre el legislador y la jurisprudencia destacaría yo la continuada jurisprudencia de la Octava Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Federal respecto a los contratos de «leasing» (43). Esta jurisprudencia demuestra que instituciones judiciales especializadas están en disposición de fijar los contornos de los tipos contractuales no regulados legalmente paso a paso según la técnica del «case law», y, al mismo tiempo, lograr que su contenido sea equilibrado, garantizando la seguridad jurídica en estos ámbitos. Una evolución similar se observa en otros muchos contratos de reciente aparición, como la concesión, los contratos de instalación de máquinas automáticas, los contratos de préstamo y de cuenta corriente o los de inversión en construcción de viviendas (Bauherrenmodell), aun cuando en estos casos la configuración no está todavía tan desarrollada como en el caso del «leasing». Esta asignación de tareas por el legislador a la jurisprudencia merece ser valorada, especialmente, sobre todo, en comparación con la *distribución clásica de papeles entre legislación y jurisprudencia* y a la vista de la polémica cuestión de los límites del desarrollo judicial del Derecho (44). Teniendo en cuenta las repetidas peticiones en el

(42) Kommentar zum AGBG, 1.^a ed., 1977, § 9, núms. marg. 34 y ss.

(43) Vid., más detalladamente, BRANDNER: (nota 32), anexo §§ 9-11, núms. marg. 460 y ss.

(44) Sobre el estado de la discusión, vid. referencias en ULMER: *Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, 1971-1985, 1986 p. 3, nota 10, así como —especialmente sobre el desarrollo del Derecho en derecho de sociedades y sus límites— *ibidem*, pp. 41 y ss.

sentido de que se reformen y amplien los tipos de contratos recogidos en el Código civil (45), esta evolución ha descargado al legislador en buena medida de dicha tarea y ha aumentado la confianza en el Derecho judicial de sectores de expertos e independientes. Con ello, además, la crítica al carácter anticuado de la regulación del Código civil ha perdido buena parte de su acritud. Por otra parte, yo no veo objeciones de carácter constitucional a dicho reparto, en cuanto dicha competencia normativa había sido atribuida ya a los Jueces hace muchos años en sectores específicos como el derecho a la competencia y nadie había puesto en duda seriamente su conformidad con la Constitución. Evidentemente, en todo caso, podrá lamentarse esta evolución en comparación con la libertad de configuración del contenido del contrato dominante hasta hace diez años y que carecía de limitaciones generales salvo el control del contenido realizado por la jurisprudencia con apoyo en el parágrafo 242 BGB. Con esta evolución no puede discutirse que al principio se produjo una cierta inseguridad respecto a la validez de cláusulas y contratos preredactados, pero a medio y largo plazo no cabe duda alguna que este método de creación de normas y el desarrollo de condiciones marco sirve a los intereses legítimos de todos los implicados, incluidos los de las empresas afectadas; proporciona una elaboración de normas continuada, adecuada, en general, y evita de forma eficaz los cambios radicales o bruscos que suelen acompañar a las medidas legislativas.

IV. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES A LAS RELACIONES ENTRE EMPRESARIOS

Las afirmaciones que acabamos de hacer son importantes precisamente para la tercera parte de esta exposición: la aplicación de la LCGC a las *relaciones entre empresarios*. La decisión del legislador a favor de la opción «grande» en contra de los planes originales de limitar la Ley al ámbito de los consumidores (46), estuvo en no poco por la propuesta en este sentido aprobada por gran mayoría en el Congreso de los Juristas alemanes de Hamburgo de 1974 (47); dicha propuesta recogía las tesis que yo había expuesto en el informe introductorio ante la sección correspondiente del Congreso (48), extralimitán-

(45) Vid. sólo SCHMUDE: *NJW* 1982, 2017 y ss., así como los dictámenes y las sugerencias sobre la reforma del derecho de obligaciones encargados por el Ministerio de Justicia federal y editados por el mismo ministerio, 1981-1983.

(46) Así el borrador de Ley del grupo de trabajo establecido por el Ministerio de Justicia (correspondiente al encargo realizado), así como los dos proyectos de referencia del Ministerio de Justicia de 1974 y 1975. Referencias en ULMER: (nota 7), introd. núms. márg. 12 y ss.

(47) *Ibidem* (nota 18), conclusiones 2 y 4.

(48) *Ibidem* (nota 18), pp. 8 y ss., y tesis 10-12.

dome así respecto al tema que en su momento me había encargado la diputación permanente del mismo (49). En contra de una presunción manifestada repetidamente (50) no tratábamos de debilitar la eficacia de la LCGC en el ámbito de los consumidores o de ablandar el catálogo de cláusulas prohibidas. El objetivo consistía más bien en evitar rupturas sistemáticas y recoger en su totalidad transformándolas en Ley las demandas de reforma siguiendo la línea jurisprudencia que, apoyándose en el parágrafo 242 del Código civil y sobre la base de la monografía de Ludwig Raiser (51) había llevado a cabo un control del contenido de las condiciones generales que en modo alguno se limitaba al ámbito de los consumidores. La finalidad que se pretendía entonces con la normativa, esto es, impedir el abuso de facultad de configurar el contenido del contrato y la transferencia unilateral de los riesgos a costa del cliente no se ha modificado hasta ahora. La amplia jurisprudencia de los últimos diez años sobre el control del contenido en las relaciones entre empresarios ha confirmado, por el contrario, que en su aplicación a este ámbito de relaciones se encuentra uno de los aspectos fundamentales de la Ley y esto vale aún cuando, como afirman los críticos, no sin razón, algunas decisiones (pero no muchas ni mucho menos la generalidad) se hayan excedido estableciendo criterios de control en el ámbito mercantil excesivamente rígidos y con ello hayan rebasado los límites de la función de control. Estoy pensando, por ejemplo, en la polémica declaración de ineeficacia de la cláusula «el tiempo empleado en los trayectos se considera tiempo de trabajo» (52) o en la problemática afirmación, necesitada de matices, de la Sala Octava del Tribunal (53), en el sentido de que la eficacia de las listas de cláusulas prohibidas del parágrafo 11 como índice para la aplicación del parágrafo 9 LCGC a las relaciones entre empresarios, sólo decae cuando excepcionalmente (?) existan razones específicas en contra de la aplicación de dicha lista a los contratos entre empresarios.

Si partimos de la finalidad del control a la que nos hemos referido y a cómo dicha finalidad ha sido recogida en la Ley, *la carga de la prueba y de la argumentación* respecto a la necesidad de modificaciones, esto es, respecto a la *no aplicación de la Ley al tráfico mercantil* o respecto a la existencia de limitaciones al control del contenido por los Jueces, corresponderá a aquél que exija la inaplicación. No se avanza nada con descalificaciones generalizadoras o poco fun-

(49) El encargo era: «Qué medidas legislativas son recomendables para proteger a los consumidores finales frente a las condiciones generales y los contratos formulario?»

(50) Vid., por ejemplo, DAMM: *JZ 1978*, 173 y ss. REICH: *ZVP 1978*, 236 Y ss. También otra vez, más recientemente, SCHLOSSER: *ZIP 1985*, 461.

(51) *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935, pp. 277 y ss. y 302 y ss.

(52) BGHZ 91, 316, 318 y s., en ZIP 1984, 966 ó NJW 19084, 2160; al respecto vid. HENSEN: (nota 13), anexo §§ 9-11, núm. marg. 932.

(53) BGHZ 90, 273, 278, en ZIP 1984, 968 ó NJW 1984, 1750.

dadas sobre la extendida inseguridad jurídica en el empleo de condiciones generales o con la crítica a sentencias concretas que se revelan como problemáticas. Más bien, debería probarse que el tráfico mercantil, de acuerdo con su propia naturaleza, no soporta una intervención del legislador de este tipo y que los indudables abusos que se producen respecto a la libertad de configuración del contenido del contrato pueden combatirse de otra forma de manera eficaz. Al mismo tiempo deberían elaborarse criterios convincentes de delimitación del ámbito de aplicación personal teniendo en cuenta también a las profesiones liberales, como se ha logrado con la referencia a la cualidad de comerciante del cliente en el parágrafo 24 LCGC (54).

En mi opinión, los críticos de la Ley vigente no han conseguido ni intentado seriamente siquiera probar dichos extremos. Además, me parece que existen al menos las siguientes cuatro razones a favor de la inclusión del tráfico mercantil en la Ley, razones que no han sido refutadas:

1.^a El número relativamente grande de sentencias de control del contenido que aplican el parágrafo 9 LCGC, referidas a las relaciones entre empresarios. Un análisis estadístico de las sentencias contenidas en la recopilación de Bunte ha dado como resultado que en el año 1982, 25 sentencias se referían a relaciones entre empresarios y 66 a relaciones con consumidores, es decir, un 28 por 100. En el año 1984 fueron incluso 40 y 88 sentencias, respectivamente, esto es, un 31 por 100 (55). Si distinguimos entre control individual y control abstracto y limitamos el análisis al control individual, dado que las asociaciones empresariales se han abstenido de utilizar la acción abstracta del parágrafo 13 de la Ley (56), resulta entonces que el número de decisiones relativas al tráfico mercantil se eleva, en el año 1982, al 37 por 100, y en el año 1984 incluso al 43 por 100. Si a ello añadimos que en el control individual en las relaciones entre empresarios, la cuantía del proceso es esencialmente superior a la cuantía del mismo en las relaciones con consumidores, no se ve cómo puede renunciarse al control del contenido por los Jueces en una medida semejante.

2.^a Las diferencias ya conocidas y aún hoy muy extendidas entre las condiciones generales de compra y de venta de un mismo empresario, que junto con las frecuentes cláusulas defensivas provoca en no pocos supuestos que los contratos de compraventa se consideren celebrados finalmente sin incluir condiciones generales o reduciendo éstas a las que tengan un contenido coincidente en ambos formularios, por

(54) Vid., por ejemplo, los criterios de delimitación modernos y materialmente convincentes de los parágrafos 609a I 2 BGB, 61 Ley sobre revocación de negocios realizados en el domicilio del cliente.

(55) BUNTE-SAMMLUNG: (nota 8), vol. 3 (1984) y vol. 5 (1986).

(56) Vid., al respecto, ULMER: (nota 7), introd. núm. marg 48 con más referencias.

falta de consenso respecto al clausulado de condiciones generales (57), sin que por ello resulte excesivamente afectada la ejecución del contrato. Precisamente acaba de caer en mis manos una muestra especialmente ilustrativa de esta práctica. Se trata de un formulario de pedidos de una gran empresa industrial en cuyo reverso puede leerse el siguiente texto:

«Realmente, aquí deberían figurar nuestras condiciones generales de compra, como es usual. Sin embargo, sabemos muy bien, igual que usted, que en la mayor parte de los casos no se les presta ninguna atención y que además, frente a ellas, se opondrán sus condiciones generales de suministro que quizás contengan disposiciones contradictorias a las nuestras, porque ambas —como suele ocurrir— no han sido armonizadas.

Esta situación no se modificará hasta que las instancias económicas correspondientes establezcan de manera general condiciones de compra y de venta que eviten las contradicciones. Hasta que exista una regulación semejante, el envío de condiciones generales resulta más o menos una cuestión de prestigio con poco utilidad práctica, puesto que si llegamos a pleito, al Juez no le queda otro remedio que tal como ha ocurrido en algunas sentencias, decidir el caso de acuerdo con las normas legales.

Dichas normas son aplicables “*a priori*” a nuestro pedido. Todos los casos dudosos están regulados suficientemente por el legislador.

Por ello esperamos que comprenderá que nos ahorremos el analizar las condiciones generales de suministro que eventualmente usted nos enviará con su confirmación del pedido y que no están redactadas específicamente para el caso concreto, y que aceptará sumarse a nuestra propuesta y se someterá a las disposiciones legales aplicables. Si su opinión fuera otra, le rogamos que nos lo comunique, pero nos pone en la incómoda situación de tener que prestar especial atención a sus condiciones generales y tener que rechazar aquellos puntos que nos parezcan inaceptables.»

Aunque la imagen que se desprende de este texto podría venir provocada por los especiales intereses del comprador y sobre todo ser atípica para los numerosos contratos que carecen de regulación en el Derecho dispositivo, refleja muy bien en todo caso el limitado aprecio del que gozan las condiciones generales, a menudo también en el tráfico entre empresarios.

3.^a No se ha comprobado que haya habido declaraciones de prohibición de cláusulas por la jurisprudencia que hayan supuesto verdaderamente «arena en los engranajes de la maquinaria empresarial» y que no hayan afectado únicamente, periféricamente, a la ejecución de los contratos. Al contrario, la preocupación de los tribunales por

(57) Vid. referencias sobre la jurisprudencia en ULMER (nota 7), § 2, 96.

salvar las garantías mobiliarias a pesar de la no inclusión de las condiciones generales del vendedor (58), así como el amplio respeto a las cláusulas en las que se reserva el derecho a alterar el precio en el ámbito mercantil (59) autorizan a presumir lo contrario, es decir, que se está absolutamente dispuesto, en general, a tener en cuenta las especialidades de las relaciones entre empresarios; las excepciones confirman la regla. Con ello no pasamos por alto que los empresarios han tenido que aceptar una serie de intervenciones incómodas en sus clausulados y que todavía existe inseguridad jurídica respecto a la validez de las limitaciones de responsabilidad respecto a las llamadas obligaciones esenciales del contrato (60). Pero resulta muy difícil admitir que por ello la capacidad de funcionamiento del tráfico mercantil se haya visto notablemente afectada en su conjunto.

4.^º La relativamente escasa utilización de la posibilidad de la acción colectiva en el ámbito mercantil y el escaso éxito que han tenido los intentos de las empresas en llevar a cabo un autocontrol extrajudicial de las condiciones generales (61). Si en este contexto se sigue recordando la fundación en 1973 por diez asociaciones de empresarios de una comisión asesora sobre condiciones generales (62), debe también recordarse que dicha comisión no tiene como tarea decidir casos polémicos, sino *elaborar recomendaciones generales* para la configuración correcta de condiciones generales. Esta función explica la composición de la comisión por un pleno decisorio de 32 juristas y empresarios y el carácter tan restrictivo del procedimiento sin ni siquiera un derecho de reclamación por parte de los empresarios afectados, así como la cuantía de los dictámenes emitidos, que para los años que van de 1977 a 1984 se reduce a 24. Por tanto, con ello no se ha establecido una verdadera alternativa al control judicial del contenido. Tampoco las experiencias habidas con otros tipos de autocontrol establecidas por las empresas son demasiado alentadoras en cuanto se trata no sólo de intervenir frente a unos pocos «outsider», sino de imponer unos requisitos mínimos frente a un número importante de afectados (63).

(58) Vid., BGH ZIP 1982, 447 ó en NJW 1982, 1749 y BGH ZIP 1982, 845 ó en NJW 1982, 1751. En el mismo sentido, DE LOUSANOFF: *NJW 1982*, 1717 y s. ULMER: (nota 7), § 2, núm. marg. 106. Contra BUNTE: *ZIP*, 1982, 449, 451. KEMPER: *BB* 1983, 95.

(59) Vid., al respecto, BRANDNER y PAULUSCH: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), pp. 39 y ss. y 55 y ss., respectivamente.

(60) Más detalladamente, BRANDNER: (nota 32), § 9, núms. marg. 107 y ss. HENSEN: (nota 13), § 11, núm. 7, núms. marg. 23 y ss. Crítico respecto a esta jurisprudencia y especialmente respecto al BGH ZIP 1984, 971 o en NJW 1985, 2016 (elaboración textil) SCHLOSSER: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), p. 124.

(61) Vid. referencias nota 56.

(62) vid., al respecto con más detalle, THAMM: *BB* 1986, 81 y ss. ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 48.

(63) Vid. la panorámica sobre los distintos sistemas de autocontrol en ULMER: *Archiv für Presserecht*, 1975, 829, 830 y ss.

En resumen, y teniendo en cuenta todos los datos, no veo razón alguna para llevar a cabo una reforma fundamental de la LCGC, dejando fuera de su aplicación las relaciones entre empresarios. Las discusiones e informes de este forum (64) pueden poner de manifiesto la necesidad de limitaciones en puntos concretos, sobre todo en la exportación, de forma parecida a las que contiene ya el parágrafo 24 LCGC; pero hasta ahora no se han aportado argumentos sólidos en este terreno. Como nota marginal debe recordarse que aun cuando se excluyera el tráfico mercantil de la Ley, ello no impediría a los Jueces realizar un control del contenido en los casos que consideraran necesario hacerlo, recurriendo al parágrafo 242 del Código civil. Dicha actuación corresponde a la concepción actual, que considera como una tarea *material* de la jurisprudencia examinar la corrección del contenido de los concretos prerrredactados unilateralmente, como lo refleja el citado control del contenido de los contratos de sociedad de las «sociedades públicas» (65) y el discutido control de los contratos individuales perredactados por los notarios (66).

V. PERSPECTIVAS

Con las reflexiones sobre la elaboración de una suerte de *Parte General* de los contratos en masa, de la asignación de competencias a los Jueces por parte del legislador respecto a los nuevos tipos contractuales del tráfico en masa y del mantenimiento del control del contenido en el tráfico mercantil, hemos examinado ya parte de las cuestiones que afectan a las «perspectivas» de la Ley, por lo que ahora nos limitaremos a examinar brevemente sólo tres puntos concretos debido a que su contenido no es problemático.

1. No hay necesidad alguna de una reforma general

Como podrá deducirse de mi exposición, y a la vista de la experiencia acumulada, *no veo necesidad alguna de una reforma general de la Ley*. La crítica a su configuración no parece estar justificada, lo cual vale tanto para las críticas realizadas por los «revisionistas» como para la de los «pesimistas», en cuanto se refieren a la necesidad

(64) En las discusiones del Fórum sobre Condiciones Generales de los Contratos y refiriéndose a la sentencia del BGH VersR 1983, 549 (cláusulas de exclusión de responsabilidad en contratos de chárter) se señaló especialmente la necesidad de una excepción para los contratos de fletamiento (vid., sobre todo, D. RABE: *VersR 1985*, 1010 y ss. RABE *AGB-Gesetz und Seefrachtrecht* 1985).

(65) Vid. referencias nota 41.

(66) Vid., al respecto, WALCHSHÖFER: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), p. 167. ULMER: (nota 7), § 1, núms. marg. 74 y ss., 78 con más detalles.

de introducir instrumentos u órganos de control añadidos; me refiero a la idea propuesta ya durante la elaboración de la Ley y desde entonces repetida en algunas ocasiones de crear una instancia administrativa para la protección de los consumidores dotada de legitimación procesal o de control (67) o el establecimiento del requisito del registro de las condiciones generales como presupuesto para su empleo (68). Aun cuando no compartamos en su totalidad el optimismo de Schlosser (69) sobre el grado de aplicación de la Ley que se ha alcanzado, hay muchos datos que indican que la jurisprudencia a pesar de las dudas que siguen existiendo se encuentra en la vía correcta y que no hace falta añadir nuevos instrumentos de control. Y lo mismo cabe decir respecto a un eventual privilegio de la elaboración de «condiciones modelo» (70) con la participación de ambos sectores del mercado; a juzgar por las experiencias de los últimos años con este tipo de clausulados (71), existen algunas prevenciones al respecto.

3. Sobre la evolución jurídica en el extranjero y a nivel europeo

Aunque no forma parte del tema aquí examinado, una ojeada al *Derecho comparado* confirmaría que la LCGC está en línea de la evolución del resto de los países industrializados respecto a las relaciones con los consumidores, tanto si se observa la evolución en la mayoría de los Estados de la CEE y las diferentes regulaciones en ellos promulgadas como en relación con otros Estados industrializados como Austria, Suiza o los EEUU; en todas partes se ha reconocido a través de la introducción de una normativa especial la necesidad de establecer el marco que impida el abuso de la libertad de configuración del contenido de los contratos (72). Lo mismo cabe decir de la Comisión de las Comunidades Europeas, que en un memorándum sobre protección de los consumidores presentado aprobatoriamente al conocimiento del Consejo de Ministros en junio de 1986 (73), ha

(67) Vid. referencias en ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 21, notas 26 y ss. También de nuevo, recientemente, GERLACH: (nota 2), vor. § 13, núm. marg. 16.

(68) Así, por ejemplo, BUNTE: *DB* 1982, fasc. 13, p. 12. Para las condiciones generales de los contratos frente a consumidores, también, ULMER: (nota 48), tesis 23.

(69) ZIP 1985, 449.

(70) Vid. referencias al respecto en ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 21, nota 28. Así de nuevo, BUNTE: *NJW* 1987, 921 y ss.

(71) Vid., por ejemplo, la cláusulas sobre transferencia del IVA al cliente en el plazo del § 11, núm. 1, AGBG, declarada ineficaz por el BGH (BGHZ 77, 79, 82 y ss., ó en NJW 1980, 2133 ó en ZIP 1980, 441) y sobre la validez del precio vigente en el día de la entrega (BGHZ 82, 21, 25 y ss., ó en ZIP 1982, 71 ó en NJW 1982, 331) en las condiciones generales para la compra de automóviles nuevos negociadas con participación del ADAC (Automóvil Club Alemán).

(72) Vid. el panorama del Derecho comparado en ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 52 y ss., 62 y ss.

(73) «Boletín de las Comunidades Europeas», 6/86, *Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores*.

vuelto a exponer su intención de proponer al Consejo en este año la promulgación de una directiva sobre condiciones contractuales desleales. Habrá que esperar para decidir si como consecuencia de la misma resulta necesario adoptar la LCGC. De todas formas, y a la vista del estado actual de las discusiones y de la complejidad de la materia, no cabe esperar que la correspondiente directiva sea aprobada por el Consejo antes de 1990.

3. Valoración final

«Last not least», me queda la agradable tarea de certificar que la Ley que hoy celebra su cumpleaños ha contribuido de forma fundamental a la cultura jurídica del Derecho privado a través de la *mejora de la calidad jurídica* del «derecho autónomo de la economía», elevando a la vez *la transparencia* de los clausulados prerradicados. El establecimiento de las reglas-marco, renunciando a una intervención administrativa en la configuración de los contratos se ha revelado como una reacción del ordenamiento conforme con el sistema, frente a las exigencias de la jurisprudencia cautelar. Ello autoriza a entonar un feliz cumpleaños dirigido no sólo a los expertos legales que participaron en su elaboración como «padres» de la Ley, sino también a los tribunales civiles y a las asociaciones de consumidores como «padrinos», porque han demostrado un gran compromiso con la Ley y un buen criterio en su aplicación.

VI. RESUMEN

1. Retrospectiva

a) La finalidad de la LCGC consistente en conjurar el peligro de una incorrecta asignación de los riesgos asociado a la utilización de condiciones generales unilateralmente predisueltas, se ha conseguido al menos en lo que hace a los contratos con consumidores (respecto a las relaciones entre empresarios, vid. infra 3). La actuación conjunta del control abstracto por medio de la acción colectiva y el control judicial individual en los demás procesos civiles ha logrado una amplia aplicación de la Ley y ha mejorado la calidad de los contratos en beneficio de todos los interesados. No se ha producido aparentemente un encarecimiento de los bienes en perjuicio de los clientes como consecuencia de las disposiciones de control. Al contrario, la limitación de la posibilidad de elevaciones unilaterales de precios por los párrafos 9, 11.1 LCGC ha tenido un efecto estabilizador.

b) Desde el punto de vista técnico, la Ley puede considerarse un acierto. Así, la estructura y la división de la normativa en disposiciones generales, disposiciones de control y disposiciones procesales,

así como las normas concretas de las tres partes citadas se han revelado como adecuadas en gran medida. A salvo de algunos problemas de aplicación provocados por la propia naturaleza de las cosas, la práctica judicial de estos diez años ha confirmado las críticas expresadas a la misma durante la elaboración de la Ley en cuanto a su contenido sólo en un punto: la regulación de los requisitos de inclusión en el parágrafo 2 LCGC.

c) Tampoco ha sido un inconveniente para su aplicación la configuración de la Ley como derecho privado especial fuera del Código civil. No se ha producido una independización de los «contratos en masa» respecto al Derecho civil general en mayor medida que lo que establece la LCGC. Por tanto, no hay necesidad alguna de (re) integrar la regulación de las condiciones generales en el Código civil.

d) La aplicación judicial de las disposiciones generales (§§ 1-6 LCGC) no ha provocado problemas fundamentales. Han de acogerse con satisfacción algunas construcciones, que aunque no estaban previstas en la Ley, tampoco estaban excluidas, como la interpretación «en perjuicio del cliente» en al ámbito del parágrafo 5 LCGC o la interpretación integradora del contrato en caso de no inclusión o de existencias de lagunas en las condiciones generales apoyándose en el parágrafo 6.2 LCGC.

2. Especialidades de la LCGC

a) Las especialidades de la LCGC frente a las demás normas del Derecho privado especial (Ley de Venta a Plazos, Ley de Arrendamientos Urbanos, Derecho del contrato de viaje y Ley de Enseñanzas a Distancia) consisten desde el punto de vista de su contenido en su ámbito de aplicación material de carácter general —a salvo de las excepciones del parágrafo 23.1 LCGC— a todos los contratos en masa. Lo cual explica la gran dinámica propia y la amplitud de la aplicación que caracterizan a la LCGC tras diez años desde su entrada en vigor, y la enorme cantidad de sentencias que se han producido —para desgracia de algunos— en este ámbito.

b) Desde el punto de vista metodológico debe destacarse la asignación a los tribunales de la tarea de configurar y desarrollar el derecho dispositivo que ha supuesto la cláusula general del parágrafo 9.1 y 2 LCGC. Estas normas han supuesto una alteración notable del reparto de competencias entre el legislador y la jurisprudencia: además ha fortalecido y legitimado el valor de la misma. Al mismo tiempo ha quitado hierro a las críticas respecto al carácter anticuado del derecho de obligaciones del Código civil.

Nunca se destacará suficientemente la importancia que la jurisprudencia ha tenido en la acunación y configuración jurídica de los tipos contractuales nuevos que carecen de regulación legal o están regulados insuficientemente. Que los tribunales han llevado a cabo esta ta-

rea llena de responsabilidad no sólo conscientemente, sino de manera creciente lo demuestra la jurisprudencia respecto a los distintos tipos de contratos de «leasing», así como respecto a la concesión, a los contratos de instalación de máquinas automáticas, de cuenta corriente o de préstamo, de inversión en la construcción de viviendas, así como —fuera del ámbito de la Ley— de las ventas a plazos financiadas y la responsabilidad por los prospectos de emisión de acciones u obligaciones de las sociedades «públicas».

3. Sobre la inclusión del tráfico mercantil

a) La valoración de la aplicación de la LCGC y en especial de las disposiciones de control del contenido en el tráfico mercantil, provoca, aún hoy, controversias. La asociación alemana de fabricantes de maquinaria sobre todo ha criticado en varias memorias oficiales la inclusión del tráfico mercantil y ha considerado que no había ninguna necesidad de regulación del mismo y que la LCGC ha sido como «arena en los engranajes de la actuación empresarial». Este punto de vista, que puede escucharse en no pocas ocasiones en los círculos empresariales, puede ser una de las razones por las que las asociaciones de empresarios se han abstenido de utilizar la acción colectiva y con ello de contribuir a la lucha contra la configuración abusiva de las condiciones generales en sus propias filas y en las de sus oponentes en el mercado.

b) En tanto dichas opiniones expresan el rechazo a la aplicación de la Ley al tráfico mercantil, pueden oponérsele las siguientes objeciones:

— Olvidan que a la vista del gran número de sentencias de control del contenido en el ámbito mercantil, resulta lógico presumir que también en este ámbito existe una necesidad notable de protección, y que la misma representa un mayor valor económico que la de los consumidores.

— Pasan por alto no sólo las claras diferencias existentes entre las condiciones generales de compra y de venta de muchos empresarios, sino también en el conocido supuesto de que como consecuencia de las cláusulas defensivas, muchos contratos se celebren sin o con muy escasas condiciones generales, sin que la ejecución del mismo se vea notablemente afectada.

— Deberían probar qué decisiones de control del contenido del Tribunal Supremo objetables materialmente han tenido más que una importancia periférica para la ejecución del contrato o cuáles han supuesto realmente «arena en los engranajes».

c) A la vista de las claras razones existentes a favor de la inclusión de las relaciones entre empresarios en el ámbito de aplicación de la Ley, razones basadas en puntos de vista sistemáticos, teleológi-

cos y de la finalidad de protección de la Ley, la opción recogida en el parágrafo 24 LCGC puede considerarse aún hoy como acertada. No ha de olvidarse, sin embargo, la inseguridad jurídica que supone para los que emplean condiciones generales, pero la misma existía ya cuando el control del contenido lo realizaba la jurisprudencia sobre la base del parágrafo 242 del Código civil, además de que ha ido reduciéndose en los últimos años al establecer los Jueces criterios precisos de control. Por tanto, la inseguridad jurídica no puede alejarse —como tampoco la aparición ocasional de sentencias que van por libre— como una razón de peso contra la inclusión de las relaciones entre empresarios en el ámbito de aplicación de la Ley. En todo caso, es cuestionable si podría establecerse la inaplicación —además de la de los parágrafos 2, 10-12 LCGC— de los demás «privilegios» (?) en ámbitos como por ejemplo la exportación.

4. Perspectivas

a) A la vista de las experiencias de los diez primeros años de aplicación de la Ley, no parece necesaria una reforma general de la misma. El instrumental existente proporciona suficientes medios a los Jueces para acabar con los abusos que quedan y los que se produzcan en el futuro en el ámbito de las condiciones generales. En particular, no hay razón alguna para implantar ahora las recomendaciones que en su tiempo se hicieron y que no fueron aceptadas por el legislador respecto a otros medios de control, como la introducción de una instancia administrativa protectora de los consumidores con legitimación procesal o de control, el registro de condiciones generales como requisito para su utilización o el privilegiar las «condiciones modelo» redactadas con participación de ambas partes del mercado.

b) En relación con el Derecho comparado, la LCGC está en la línea de la evolución experimentada en el extranjero. En la mayoría de los países de la CEE existen ya o están en proceso de elaboración (así en Bélgica y Holanda) las normas correspondientes con las únicas excepciones de Grecia e Irlanda. Para superar las diferencias de contenido en estas normas de protección de los consumidores, la comisión de la CEE ha presentado hace tiempo ya una propuesta de regulación en este sentido cuya promulgación no parece próxima. El tráfico mercantil queda por ahora al margen de la regulación.

c) Puede certificarse en su décimo aniversario, que la LCGC ha contribuido de modo fundamental a la cultura jurídica del Derecho privado mejorando la calidad jurídica del «derecho autónomo de la economía» y al mismo tiempo elevando la transparencia de los clausulados contractuales preformulados. Se ha demostrado como una reacción del ordenamiento jurídico a las exigencias de la jurisprudencia

cautelar, conforme al sistema renunciando a la intervención administrativa en el ámbito de la configuración de los contratos. También debe destacarse positivamente la preocupación básica del legislador por mantener la unidad del derecho de las obligaciones y contratos y la limitación de las disposiciones protectoras de los consumidores de carácter especial a los ámbitos materialmente necesarios.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos (*)

Por JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL

Notario

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL SUPUESTO DE HECHO. LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO BASE.—2. CAPACIDAD PARA ARRENDAR Y FACULTADES DEL APODERADO.—A) *Para dar un arrendamiento*:—a) Padres.—b) Tutores.—c) Cuando la finca es ganancial.—B) *Para ser arrendatario*.—3. FORMA.—A) *Antecedentes*.—B) *Ley vigente*.—a) Elevación a público del contrato-tipo.—b) Estructura pública de arrendamiento rústico—4. LA NOTIFICACIÓN.—5. LAS CONDICIONES DE LA NOTIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

INTRODUCCION

El tratamiento dado por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 a la figura del tanteo y retracto sobre fincas rústicas a favor del arrendatario concede al profesional del derecho y sobre todo visto desde un punto de vista práctico, una serie de consideraciones a las que no puede ser ajeno la filosofía misma que inspira la Ley (1).

Sobre la redacción de su artículo 86 debe recaer, efectivamente, una interpretación que, sin alejarse del sentido literal de sus términos no olvide sus antecedentes históricos y legislativos y la finalidad que persigue la institución, que en el caso de tanteo y del retracto no lo olvidemos, es fundamentalmente el favorecer el acceso a la propiedad del arrendatario. Ello exige, por una parte, la consolidación jurídica del contrato básico, del arrendamiento, un cambio futuro y en su caso perfeccionado en la titularidad de la propiedad que no sea a favor de colin-

(*) Comunicación presentada al I Congreso Jurídico de Asturias. Marzo de 1987.

(1) «Es el arrendamiento de fincas rústicas, naturalmente, la figura jurídica en la que se reflejan más directamente las distintas concepciones sobre la situación jurídica del campo.» DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Derecho agrario de España*, notas para su estudio en «ADC», abril-junio de 1954, T. VII, p. 400.

dante, y un conocimiento por parte del arrendatario de los términos en que va a llevarse a cabo el mencionado cambio para poder optar al mismo.

La finalidad, por tanto, de este trabajo es examinar a la luz del requisito fundamental de la notificación notarial, los presupuestos básicos para que ésta pueda llevarse a cabo, es decir, los requisitos de fondo y forma del contrato base o supuesto de hecho, y algunas cuestiones de interés sobre la notificación que nos suscita la práctica misma.

El apartado bibliográfico que se acompaña es el mínimo e indispensable, y ajeno a un desarrollo exhaustivo de tema, que por supuesto pretende únicamente esbozarse en un trabajo de esta índole.

1. El supuesto de hecho. La existencia de un contrato base

Señala Díez Picazo (2) que «el supuesto de hecho de la norma describe mediante una prefiguración intelectual la realidad futura y posible, pero lo hace casi siempre utilizando una descripción de la que forman parte las experiencias existentes respecto de las realidades pretéritas», constituye el presupuesto de la consecuencia jurídica y «es la norma jurídica —añade— la que guía o establece dicha conexión entre el supuesto o primera parte de la norma y la consecuencia o segunda parte». Esa prefiguración intelectual o previsión de la posible realidad futura la concreta el precepto con diversas matizaciones. «*En toda enajenación de fincas rústicas arrendadas*, dice el artículo 86, *de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas, el arrendatario tendrá derecho de tanteo o retracto o de adquisición preferente con arreglo a lo que se dispone en los artículos siguientes*».

Tan sólo después de que la regla jurídica, señala De Castro (3), haya calificado lo hecho... será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que en su caso digan los usos.

El contrato base lo constituye el de arrendamiento de una finca rústica no incluida en los supuestos del artículo 7 de la Ley. Dicho artículo excluye de la Ley a los arrendamientos de fincas en las que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

«1.º Constituir conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable programado.

2.º Ser accesorias de edificios o de sus explotaciones ajenos al destino rústico siempre que el rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.

3.º Tener por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo».

La antigua Ley de 15 de marzo de 1935 consideraba, en su artículo 2, rústicas las fincas cuyo disfrute o aprovechamiento se cede para una explotación agrícola, pecuaria o forestal con inclusión de las construcciones o edificaciones en ella enclavadas (4), a menos que éstas se exceptúen en el contrato, excluyendo a los

(2) DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 2.ª reimpresión, 1982, p. 63.

(3) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, INEJ, p. 25.

(4) Es muy interesante a estos efectos, y lo transcribimos, el artículo 1-2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos alemana, de 25 de junio de 1952: «Se consideran

solares edificables, los terrenos accesorios de edificios y las tierras que por su proximidad a poblaciones, puertos y carreteras o estaciones tengan un valor en venta superior al duplo del que normalmente les correspondería de no darse aquellas circunstancias. La determinación rústica o urbana será así decisiva, y, por tanto objeto de análisis previo, a la hora de consecución final del tanteo o retracto, pues como se afirma en la sentencia de 25 de mayo de 1960, no procederá el retracto si el adquiriente destina la finca a una edificación, o sólo procederá dentro del conjunto de las vendidas a las que tengan tal carácter, excluyendo a las restantes (S. de 4 de junio de 1970).

En este sentido, tanto la evolución legislativo-rústica (Leyes de 1940, 1942, 1946, 1953, 1954 y Reglamento de 29 de abril de 1959) como urbana, Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (arts. 20 a 23), han ido abriendo el cambio a una jurisprudencia cada vez más numerosa que ha ido convirtiendo la determinación de una finca en rústica o urbana, en una cuestión de hecho que el juez determinará libremente sin vinculación alguna a lo que las partes hubieran señalado, orientándose hacia el criterio del mayor valor que la finca tenga con otra de su misma clase conjuntamente con el de su proximidad a elementos claramente urbanos (Vid. Ss. TS 27 de enero de 1972, 12 de febrero de 1972 y 8 de octubre de 1976), y distanciándose con ello de criterios anteriores basados en la situación o el destino (Ss. 6 de noviembre de 1947, 26 de junio de 1956 y 24 de junio de 1958) a los que doctrinalmente se venía acudiendo (5).

2. Capacidad para arrendar y facultades del apoderado

A) Para dar en arrendamiento

La Ley supera la vieja distinción entre arrendamiento inscrito y no inscrito, y exige en cualquier caso para la constitución de un contrato sujeto a la Ley, capacidad de disposición (art. 11).

Ello requerirá de un análisis minucioso del poder del representante, con frecuencia válido sólo para contratar en el caso de los administradores, y desde luego la concurrencia de marido y mujer, como veremos más adelante, tratándose de bienes gananciales.

La finca ha de pertenecer al arrendador en pleno o nuda propiedad, como usufructuario o titular de cualquier derecho a goce, teniendo en cuenta en este

arrendamientos rústicos tanto los concernientes al arriendo de edificios para viviendas o de explotación, siempre y cuando tiendan al cultivo del terreno arrendado, como los relativos a los terrenos forestales, a través de cuyos contratos unos terrenos se arriendan a cambio de una renta en razón de su explotación agrícola», incluyendo en su ámbito según el número 4 b) del mismo artículo a los contratos de “utilización” (HEUERLINGSVERTRÄGE) y a los contratos similares a aquellos cuyo objeto es el arriendo de la tierra en conexión con una relación de trabajo, como excepción de la concepción de terrenos a título de suministros o de servicio (DIENSTLAND).

(5) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Derecho agrario de España, notas para su estudio en «ADC»*, abril-junio de 1954, T. VII, p. 396. RODRÍGUEZ POYO GUERRERO, J. M.: *Influencia del Derecho público sobre el Derecho inmobiliario*, ponencia española del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1986, p. 29.

caso que el contrato se extinguirá tan pronto como se extinga su derecho (6), a no ser que, artículo 13, hubiere ocurrido a su otorgamiento el propietario, en cuyo caso habrá que estar al tiempo de duración convenido en el contrato.

Si la finca perteneciere a un menor, conforme al artículo 12-2.^º, los padres o tutores podrán darla en arrendamiento por término no superior al que le falte para alcanzar la mayor edad, y aunque son improrrogables, el arrendatario tiene derecho después de concluido el plazo a continuar en la posesión hasta la recolección de la cosecha.

La Ley recoge la distinción entre padres y tutores, pero sometiéndoles al mismo régimen.

Padres: El artículo 166 del Código civil exige autorización judicial para «enajenar o gravar sus bienes inmuebles». Entendemos que la autorización judicial, dados los términos en que se desarrolla el resto del mencionado artículo, deviene exigida para todo acto que implique disposición o gravamen sobre el patrimonio del menor, y, por tanto, afectará necesariamente a los actos que la misma Ley de Arrendamientos Rústicos califica de disposición como son los arrendamientos de inmuebles. Podría deducirse en contra que, siendo posterior la Ley de Modificación del Código civil en materia de filiación y PP. (13 de mayo de 1981) a la de Arrendamientos, pudo haberlo mencionado expresamente en su articulado, como de hecho hizo después respecto a la tutela el artículo 272-6.^º. Pero no es menos cierto que existen otra serie de actos de disposición y gravamen, tampoco mencionados en la Ley y, sin embargo, sujetos por su propia naturaleza a la referida autorización, como sería, las aportaciones de inmuebles a sociedades, la permuta, la dacción en pago, etc., y, por otra parte, junto al artículo 12 de la Ley no podemos olvidar los artículos 1.548 del Código civil y 2-5.^º de la Ley Hipotecaria respecto a los arrendamientos por un período de más de seis años, cuando perjudiquen a terceros, como regla especial. En este último supuesto bien es cierto que, la autorización no viene requerida porque implique en sí un acto dispositivo, sino por constituir un derecho real o gravamen sobre el bien, como se desprende de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 1893 y 12 de abril de 1909, que entendió aplicable en tal supuesto las limitaciones del entonces artículo 164, hoy 166 del Código civil. En concreto se rechazan en las de 20 de noviembre de 1900 y 26 de octubre de 1904 la validez de un poder para realizar arrendamientos inscritos, porque semejante autorización debe entenderse concedida para el simple contrato de arrendamiento, que sólo produce obligaciones personales» (R. 20 de noviembre de 1900) y aunque le faculte para arrendar, si el contrato excede de seis años «es necesario poder especial» (Rs. 26 de octubre de 1904 y 29 de mayo de 1907).

No faltan autores, sin embargo (7), que vinculan los efectos de la inscripción a ser «un simple aviso o una advertencia a tercero de su existencia similar a la que proclama la nota marginal del derecho de retorno arrendaticios, citando

(6) La Ley se mantiene en este aspecto fiel al principio ya citado por Vallet para el antiguo artículo 9 de la Ley de 1935, de que «resolutus juris concedentis resolvitur ius concessum». VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario*, comentario a la sentencia de 12 de enero de 1955, en «ADC» VIII-IX, septiembre de 1958, p. 985.

(7) CAMY SÁNCHEZ, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, 3.^a ed., Pamplona, 1983, p. 217.

como apoyo de su tesis la redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario. Otros (8) entienden que la circunstancia de que el contrato de arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad no tiene virtud operativa de transformar en real el derecho personal arrendaticio, sino puramente el resultado de quedar subrogado en él quien haya adquirido sobre la cosa arrendada su dominio o algún derecho real con el efecto análogo de una anotación preventiva de un derecho real» (9).

Tutores: En el supuesto de la tutela, la Ley de 24 de octubre de 1983, que reforma en esta materia el Código civil, ha sido más precisa y si bien no recoge la necesaria autorización judicial para los arrendamientos en general, y dentro del precepto más indicado para ello, como sería el artículo 271, determina en el artículo 272 como necesaria la autorización para los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa.

Entendemos por nuestra parte, siguiendo el mismo criterio que para la patria potestad, que en realidad será necesaria la autorización judicial para que el autor dé en arrendamiento los bienes del menor. Lo que en cualquier caso queda claro en la jurisprudencia anterior a la Ley de Arrendamientos Rústicos es que el poder para dar la finca en arrendamiento es el especial y no el general, lo cual requerirá de una especial diligencia en el notario autorizante del mismo y en el que en su día autorice la escritura y deba calificar la suficiencia del mismo. La DGRN es en esta materia reiterativa en sus resoluciones (18 de diciembre de 1892, 30 de noviembre de 1900, 26 de octubre de 1904). En la de 29 de mayo de 1907, el supuesto recogía el caso del mandatario que actuaba en virtud de poder en el que facultaba para arrendar los bienes del mandante «por el tiempo, renta y condiciones que estime, sobre dichos arrendamientos y los cancele cuando lo creyere oportuno, para venderlos absolutamente o con los actos que convenga y para darlos en permuta». La resolución no tiene en cuenta los actos «de riguroso dominio» que según cita el notario recurrente constan en el poder, y señala en su segundo considerando «que en el poder no se faculta de un modo expreso al apoderado para arrendar bienes por un plazo mayor de seis años». El rigor en la calificación de las facultades habrá ahora que extenderlo para todo tipo de arrendamientos ante la especial capacidad que exige la Ley.

Cuando la finca es ganancial de los arrendadores será precisa la concurrencia de ambos cónyuges por sí o representados al momento del otorgamiento del contrato, en base a las exigencias del artículo 1.377. La excepción que el artículo 1.386 establece para casos de urgencia difícilmente habría que admitir para los arrendamientos, fruto normalmente de tratos previos. Lógicamente, y reincidiendo en lo anterior, el poder recíproco otorgado por ambos cónyuges deberá contener expresamente la referida facultad a los efectos antes citados. Señala Díez Picazo (10) que el artículo 1.377 se refiere a todos los actos de disposición a título oneroso y, por tanto, comprende «la enajenación o transmisión de derechos, la constitución de derechos reales limitables o el gravamen y la renuncia de dere-

(8) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, T. III, 6.^a ed., Barcelona, 1968, p. 514.

(9) Para un estudio más completo del tema además de las dos obras citadas es fundamental la de VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, en todo su cap. I, pp. 11 a 50.

(10) DÍEZ PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, 1984, T. II, p. 1763.

chos», siendo necesaria, caso de negativa o de impedimento del otro cónyuge, la autorización judicial correspondiente. No deja de señalar, sin embargo, De Los Mozos (11), que la opinión mayoritaria se muestra favorable a no considerar los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas como actos de enajenación aunque se encuentre en contra de este criterio el artículo 12-1.^º de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

B) Para ser arrendatario

La Ley calla al respecto. Aplicando el régimen general sobre capacidad para obligarse, habrá que exigir la capacidad para contratar y no incurrir en las prohibiciones que establece la propia Ley en sus artículos 18-1.^º y 14.

Artículo 18-1.^º: Que el arrendatario no posea explotaciones que excedan en su totalidad de las medidas en la propia Ley señaladas (12).

Artículo 14: Ser profesionales de la agricultura, lo cual viene exigido por los beneficios que su condición recibe por parte de la Ley. El precepto puede tener especial importancia en el ámbito notarial por cuanto, aunque en la práctica sea poco frecuente el arrendamiento rústico otorgado en escritura pública, fuera de los casos del artículo 2,5.^º de la Ley Hipotecaria, se impone al notario que se le acredite por el arrendatario su condición de profesional de la agricultura. No existe problema de calificación, si se trata de personas jurídicas ya sean públicas, el IRYDA u organismos similares de las comunidades autónomas (art. 15-C), o privadas, cooperativas, sociedades agrarias de transformación, organizaciones profesionales de agricultores, cámaras y sindicatos agrarios, o cualquier otro tipo de sociedades cuyo objeto sea la explotación agrícola, ganadera o forestal, y, eventualmente la comercialización e industrialización de los productos obtenidos.

En todos estos supuestos bastará la presencia del documento acreditativo de la personalidad jurídica de la sociedad y en su caso la no variación de su objeto social, una vez que se acredite, en el caso de las sociedades, que las acciones o participaciones sean nominativas. El problema se presenta a la hora de calificar la condición de profesional de la agricultura en la persona individual. Los vagos términos de la Ley (art. 14-a) hablan del que «se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación». Con ello se pierde una oportunidad de regulación legal para el arrendatario no cultivador directo que se echa en falta dentro de la Ley, y que, sin embargo, existe en otros países como Italia (Ley de 27 de julio de 1966) y cubre un amplio conjunto de situaciones reales.

Entendemos que, si la vocación de profesional en las personas jurídicas reclaman un objeto exclusivamente agrícola, y, por tanto, sujetando su propia existencia a las pérdidas y ganancias derivadas de esa actividad exclusiva, habrá que exigir la misma exclusividad para calificar la condición de profesional del agricultor, es decir, considerar como tal al que se dedica exclusivamente a dicha agricultura.

(11) DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1984, T. XVIII, vol. 2.^º, p. 354.

(12) Ver una contundente crítica a esta condición en: DE LOS MOZOS, J. L.: *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Comparación crítica con legislación anterior*, en «RDP», febrero de 1982, p. 105.

dad, asumiento sus riesgos (Ss. A.P. Barcelona, 28 de julio de 1984 y, de Gerona, 7 de octubre de 1983) lo cual a su vez en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 31 de diciembre de 1981 sobre Explotaciones Familiares.

El artículo 16 de la Ley equipara (13) a los efectos de la Ley al profesional con el cultivador personal (14) y éste es «quien lleve la explotación por sí o con la ayuda de familiares que con él conviven», que sólo puede utilizar uno o dos asalariados por causa de enfermedad u otra causa justa, o más en trabajos de temporada (15). El artículo permite reducir los márgenes de calificación y excluir así, a nuestro juicio, al que utilice intermediarios en el laboreo, o tenga otra profesión, lo que le hará incompatible con una «atención y consagración preferencial a las labores agrarias» (ST AP, Gerona, 7 de octubre de 1983) (16). Por su parte el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de noviembre de 1984, niega tal cualidad si se prueba la existencia de terceras personas en la finca arrendada «con introducción incluso de ganados». Sin embargo, ello no significa que el cultivo haya de hacerse *personalmente* por el arrendatario (17). La calificación no deja de tener su importancia puesto que puede derivar en nulidad de contrato (18) si el arrendador contratase con el no profesional y a la extinción si el arrendatario perdiese su condición de profesional, con la facultad en este caso y en los dos si el arrendador no resuelve, de una subrogación especial a favor del IRYDA, artículo 17, para, previo requerimiento del Instituto arrendar la finca abonando como renta la usual en la comarca. No obstante, incluso dándose los supuestos antes citados, la ley acude a la figura de la convalidación para subsanar los contratos otorgados en las condiciones citadas (art. 19) siempre que no dejen de pasar el plazo que se concede al IRYDA en el artículo 17. De cualquier forma, los términos vagos de la Ley hubieran podido suplirse para las personas naturales exigiéndose documentación específica, como la que la Orden de 12 de abril de 1985, y que complementa al Real Decreto 419/85, de 6 de marzo, sobre moderni-

(13) Señala LACRUZ que los conceptos diferenciales de «profesional de la agricultura» y «cultivador personal» no aparecen claros en la Ley, y solamente se deduce de que todo cultivador personal es profesional de la agricultura, pero no todo profesional de la agricultura es cultivador personal. LACRUZ y otros: *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, «Contratos y Cuasicontatos», 2.ª ed., 1986, p. 238.

(14) Se mostraba DE CASTRO contrario a la pervivencia del concepto de cultivador directo por «engañoso y perturbador», debiendo abandonarse en la moderna regulación del Derecho agrario. DE CASTRO y BRAVO, F.: *El Derecho agrario de España. Notas para su estudio*, en «ADC», abril-junio de 1954, T. VII, p. 393.

(15) Ya en 1954, señalaba BALLARÍN, como requisitos para ser considerado cultivador directo y personal, la prevalencia del trabajo propio sobre el ejeno y la prevalencia del trabajo sobre el capital invertido en la explotación. BALLARÍN MARCIAL, A.: *Sobre el concepto de cultivo directo y personal*, en «RDP», 38, 1954, p. 285.

(16) No es casual que el Código civil italiano, en su artículo 2.083, bajo la rubrica de *pequeños empresarios*, diga que «son pequeños empresarios los cultivadores directos...» De ahí que Ballarín vincule al citado artículo el origen de la noción española de cultivador directo y personal en la legislación anterior vigente. BALLARÍN: *Ibidem*, p. 282.

(17) Para el Tribunal Supremo, cultivo personal es equiparable a una asunción de los riesgos totales de la empresa agrícola de modo que no incidan en su calidad de arrendatario el hecho de que las operaciones de labranza la hicieran los hijos (S. de 17 de octubre de 1984).

(18) En contra, COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 1982, p. 38.

zación de las explotaciones familiares agrarias, exige en su artículo 1: «Para acceder al régimen de ayudas establecidas en el Real Decreto 419/85, de 6 de marzo..., será necesario: justificación de afiliación del titular de la explotación al Régimen Especial Agrario de la SA». Por supuesto que la condición de profesional del arrendatario no afectará a la inscribibilidad o no del contrato en el Registro Especial que regula el Real Decreto de 9 de octubre de 1985, dado en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, puesto que la calificación del funcionario encargado se limita a la mera formalidad externa, lo cual lleva al absurdo, como señala Corral Dueñas (19), de que deba inscribir contratos que puedan ser nulos e incluso inexistentes.

En el supuesto de que la finca tenga varios arrendatarios, artículo 3-1.^º de la Ley, lo cual exigirá que cada uno de los arrendamientos tenga como objeto distintos aprovechamientos compatibles y principales, habrá que tener en cuenta la condición de profesional en todos ellos. Precisamente, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de enero 1986, en un supuesto de arrendamiento múltiple, deniega la condición de profesional en dos de los arrendatarios, por su carácter de pensionistas de la Seguridad Social, uno por invalidez y el otro por edad, por ser condición «que no puede poseer un pensionista según es bien, manifestó» (considerando 3.^º), pero manteniendo la eficacia del contrato respecto al tercero, considerándolos como contratos independientes y autónomos.

No dejan de plantearse también interesantes cuestiones en relación con los poderes para otorgar contratos a favor del arrendatario, puesto que a nuestro juicio no será suficiente el general para administrar ni siguiera aunque incluya facultades para «celebrar todo tipo de contratos dado el carácter personal de la obligación que se asume» (S. de 22 de septiembre de 1976), que exigirá facultad expresa. Si la finca se arrienda a ambos cónyuges la capacidad se exigirá incluso en cuanto a su condición de profesionales de la agricultura para los dos, de forma que si celebrado por uno de ellos, el profesional, surgiere el retracto arrendaticio sólo a él corresponderá el ejercicio de la acción y no al cónyuge no agricultor (S. de 22 de septiembre de 1974), y sólo pasará a la sociedad de gananciales los frutos naturales y cuantos sean consecuencia de la actividad arrendaticia, por imperativo del artículo 1.347-1.^º (20).

La capacidad para suceder en el arrendamiento no debe de ser alterada por el llamamiento sucesorio, dada la rotunda condición que impone el artículo 79-2.^º: «en todo caso el sucesor habrá de ser profesional de la agricultura». Deberá resolverse siempre según el orden de prelación en dicho artículo señalado. Sin que pueda admitirse el nacimiento de una comunidad de arrendatarios, no sólo por el principio de unidad contractual «que impide el carácter mancomunado o solidario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato arrendaticio» (21), sino por la prohibición expresa del artículo 80-1.^º

(19) CORRAL DUEÑAS: *El Registro Especial de Arrendamientos Rústicos*, en «Re vista de Derecho Agrario y Alimentación», núms. 3-4, p. 66, enero-junio de 1986.

(20) Sin perjuicio de la disposición que el cónyuge arrendatario pueda hacer de los frutos y productos obtenidos, si dicha disposición se encuadra en el marco de la administración de dichos bienes, Vid. en este sentido: BLANQUER UBEROS, R.: *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidad y excepciones*, en «AAMN», T. XXV, p. 68.

(21) Sentencia de 3 de julio de 1981.

En el supuesto de la sucesión la capacidad habrá de examinarse a la luz del título sucesorio, por un lado, y de la normativa general sobre capacidad general para suceder y la especial de los artículos 79 y 80 de la Ley, por otro. La sucesión, lógicamente hay que entenderla en los derechos, y en las obligaciones (22), y, por tanto, en el cumplimiento de las condiciones en su día impuestas al arrendatario, de cuya observancia es obligatorio advertir al sucesor.

3. Forma

A) *Antecedentes*

La Ley se inclina por el principio de libertad de forma, artículo 20, y sólo para los supuestos especiales de que el contrato tenga una duración mínima de dieciocho años, lo que la Ley denomina en su artículo 28 contrato de larga duración, exige necesariamente en el número 2 de dicho artículo, la forma escrita. El criterio es el mismo que el que impuso el artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1942, «los contratos sobre arrendamientos de fincas rústicas, lo mismo anteriores que posteriores (a la Ley), se tendrán por válidos cualquiera que sea la forma de su celebración y la fecha de su otorgamiento siempre que en ellos concurran los requisitos esenciales a que se refiere el artículo 1.261 del Código civil». El artículo pretendía superar el rígido formalismo impuesto por el artículo 5 del Reglamento de 27 de abril de 1935, de forma que el contrato de arrendamiento se convertía en una mera y larga formulación de datos dispersos. Si además el contrato excedía de cinco mil pesetas se obligaba a formalizarlo en escritura pública, que debería ajustarse a modelos oficiales que podrían ser impresos (art. 6, Ley de 1935) obligando a inscribir tanto las escrituras públicas como los documentos privados en el Registro Especial de Arrendamientos Rústicos para que las partes pudieran utilizar los derechos y acciones de la Ley.

B) *La vigente Ley*

Deja a los contratantes libertad para convenirlo verbalmente, por escrito, por contrato tipo (art. 21,1.º) o por escritura pública (23).

El contrato-tipo es el recogido en el «BOE» de 16 de enero de 1982.

La escritura pública

Dentro del principio de libertad de forma que recoge el artículo 20, los contratantes pueden acudir al de la escritura pública bajo sus dos especies:

(22) FERRANDIS VILELLA, J.: *Sucesión en los arrendamientos rústicos*, en «ADC», julio-septiembre de 1955, p. 869.

(23) Con razón crítica DE LOS MOZOS, J. L. Obra anteriormente citada, p. 106, la contradicción patente entre el principio de libertad de forma antes proclamado y la intervención administrativa en la determinación de los contratos-tipo, pues «toda intervención administrativa, supone una merma de la libertad contractual e institucional y sistemática, es por ello rechazable».

1. *Elevación a público del contrato-tipo*, previsto en el artículo 23. El supuesto hay que separarlo con claridad del de protocolización del documento privado, recogido en el artículo 211 del Reglamento Notarial.

En este supuesto se trata únicamente de «asegurar su respectiva identidad y su existencia respecto de terceros en la fecha de la protocolización» (art. 214 del RN) mientras que, en la elevación a escritura pública de un documento privado, se trata del otorgamiento de una auténtica escritura pública, lo anterior es un Acta, en la que existe prestación de consentimiento y que lleva consigo los efectos fundamentales del instrumento público: su valor como prueba y su significado como forma de los negocios jurídicos (24). El notario está obligado a calificar el documento privado en cuanto a su contenido y negar su autorización (art. 145 del RN) cuando a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan, y cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos. En este sentido el notario podrá modificar lo que a su juicio puede ir en contra de la Ley de Arrendamientos Rústicos, no sólo en el documento-tipo que se eleve a público, sino en cualquier otro contrato privado de arrendamiento que los particulares quieran elevar a público. En el contrato-tipo las cuestiones más importantes a tener en cuenta serán las ya relacionadas en el apartado dedicado al contrato-base, fundamentalmente lo relativo al carácter rústico o urbano de la finca, de importancia a efectos del retracto y la capacidad de las partes.

De cualquier forma, según lo dispuesto en el artículo 1.224 del Código civil, la escritura nada probará contra el documento, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero. El valor, por tanto, será el intrínsecamente unido a su naturaleza, es decir, darán prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento, y de la fecha de éste, pero frente al documento privado no tiene otro valor, como dice Cordón Moreno (25), que el de «ser una prueba de la prueba», contiene la prueba legal de hecho que constituye la confesión extrajudicial, siendo en palabras de Furso (26) «una regla probatoria legal que recibe su pleno significado de la relación en que se encuentra con el principio general de la eficacia probatoria vinculante de la «contra se pronuntiatio del deudor».

Caso de que la escritura se separase en algo del contrato privado y no constare expresamente la novación, habrá que instar el error, y probarlo, por el perjudicado en la elevación, sin perjuicio de la carga de la prueba, respecto al contrato-tipo, dispuesta en el artículo 22.

2. *Escritura pública de arrendamientos rústicos*. El supuesto, no muy frecuente en la práctica notarial, tras la derogación del artículo 6 de la Ley de 1935, viene previsto en la Ley para dos casos distintos:

a) *Por acuerdo de las partes*, conforme el artículo 20, pactando en él las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente no prohibidos por la Ley, bajo el principio de autonomía de la voluntad consignado en el 1.255 del Código civil.

(24) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *El notario latino y su función*, en «RDN», 76, abril-junio de 1972, p. 250.

(25) CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios al Código civil*, T. XVI, p. 175.

(26) Citado por CORDÓN MORENO: *Ibidem*, p. 176.

b) *Por imposición de la ley:* arrendamientos inscribibles, es decir, arrendamientos por un período de seis o más años que deban perjudicar a tercero (arts. 1.280-2.^º y 1.549 del Cc. y 2-5.^º de la LH) en cuyo caso los gastos que ocasione serán a cargo del arrendatario por imposición expresa del 1.553-3.^º del Código civil.

Propiamente no se trata de una facultad a estipular en el contrato, sino de un derecho que asiste a ambas partes por el imperativo legal del 1.279 y 1.280-2.^º del Código civil. (S. 4 de marzo de 1952).

4. La notificación

La nueva Ley suma a la figura del retracto de la Ley del 35, que a su vez recoge el Reglamento de 1959 dos figuras nuevas, en materia de arrendamientos rústicos: el tanteo y el derecho de adquisición preferente.

La realización del derecho de tanteo se sujeta al requisito esencial de la notificación fehaciente al arrendatario de todas aquellas condiciones que comprende la enajenación. En realidad dicha notificación cumple los fines de una auténtica oferta de venta (27). En este sentido, Nart (28) habla de una obligación de hacer impuesta por la Ley al propietario que consiste en realizar al titular de la preferencia una oferta contractual de venta de la cosa por un precio. La falta de la misma o la no hecha con las condiciones legales dará lugar al nacimiento del retracto.

La Ley habla de notificación fehaciente, es decir, en este caso la notarial, pues la judicial tiene su propio ámbito de actuación (29), y debe llevar los requisitos exigidos de capacidad, tiempo y forma, sin que baste para ello la simple manifestación por el transmitente hecha en escritura pública. La resolución de 19 de septiembre de 1974 afirma en su segundo considerando que «no puede tener el carácter de notificación fehaciente la manifestación hecha por el transmitente en la escritura de venta de haber notificado al titular el derecho a través de carta certificada, pues esta declaración no tiene más valor que la de haberse prestado ante un funcionario público, pero sin que la fe notarial pueda cubrir totalmente el acto al no haberse realizado de conformidad con el artículo 202 del Reglamento Notarial».

La notificación habrá de hacerse previo requerimiento por persona competente que será el titular del dominio, nuda propiedad o en su caso porción indeterminada o participación indivisa de la finca objeto de enajenación y, en su caso, por el representante debidamente autorizado.

Tratándose de representación voluntaria se puede plantear en la práctica la cuestión de si el poder para vender bienes inmuebles incluye entre sus facultades implícitas la de notificar la venta prevista a efectos del tanteo legal, tanto en las fincas rústicas como urbanas. A nuestro juicio, las facultades, para vender,

(27) Artículo 28 de la Ley belga de 4 de noviembre de 1969, y artículo 796 del Code Rural, conforme a la nueva redacción de la Ley de 15 de julio de 1975.

(28) NART, I.: *Ex-arrendamientos*, en «ADC», 1951, julio-septiembre, T. IV, p. 954.

(29) A través del acto de conciliación. CORBACHO GÓMEZ: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Murcia, 1982, p. 174.

incluyen las de cuantos actos sean necesarios, bien previos, bien posteriores, para que la venta quede perfeccionada y, por tanto, ni la notificación previa, en el caso de tanteo, ni la posterior, en el caso del retracto, podrán considerarse como *extralimitaciones* al hecho mismo de la venta, antes bien, condición necesaria para que la facultad otorgada cumpla el fin para el que se dio.

El requerido será el propio arrendatario (30), aunque la notificación podrá entenderse con el portero o conserje del inmueble o un vecino si se prestare a ello (art. 202 del RN). Si son varios los arrendatarios, por supuesto que la notificación habrá de realizarse individualmente corriendo el plazo para el tanteo o el retracto para cada uno desde el momento en que aquélla se reciba y entendiéndose también como diferentes las notificaciones a que está obligado el arrendador en los términos del artículo 88, dada la obligación del artículo 93 de que se cumpla, con cada uno, todos los requisitos (31).

Es discutible si el plazo de los sesenta días para el tanteo, con las consecuencias que ello representa para el retracto habrá que entenderlo prorrogable por otros sesenta, a contar desde el momento en que el arrendatario notificado comparezca en la notaría, oponiendo la omisión de alguna de las condiciones de la venta, o si ello dará lugar en su día al ejercicio del retracto en los términos del artículo 91-2.^º de la Ley. No vamos a referirnos con ello a las condiciones naturales o esenciales de la venta, sino a aquellas otras que pudieran considerarse en su caso, de interés para el arrendatario. Así, la sentencia de 1 de junio de 1976 señala que «no basta la noticia escueta de que ha existido una compraventa y sean conocido los sujetos, el objeto y el precio como equivocadamente entiende la sentencia recurrida; es necesario también saber si contiene o no las condiciones y plazos y otras cláusulas onerosas o beneficiosas que al retrayente interesan, puesto que ha de subrogarse en ellas». Entendemos que la cuestión podrá resolverse bajo la distinción entre la *omisión* de condiciones y la *falta de correspondencia* entre las condiciones notificadas y las de la venta. Si se omiten algunas de las condiciones de la venta estaríamos ante el incumplimiento de uno de los requisitos del tanteo y, por tanto, habría que plantearse la posibilidad de hacerlo de nuevo con todos los preceptos necesarios de tiempo y forma. Si por el contrario hubiera diferencia entre las que se notificaron en el tanteo y las reales de la venta, aparecería el supuesto base del retracto en los términos del artículo 91-2.^º de la Ley. De todas formas, el mencionado párrafo 2.^º del artículo 91, no deja de suscitar ciertos interrogantes. Dice así:

«En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario al efecto de que pueda ejercitarse el derecho de retracto, o en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiera cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de sesenta días hábiles a partir de la notificación.»

(30) Siendo indiferente que se encuentre durante el plazo legalmente contractual o en el de la prórroga forzosa. GARCÍA ROYO, A.: «ADC», octubre-diciembre de 1949, p. 1424.

(31) COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Obra ant. cit.*, p. 182.

(32) HIDALGO, M.: *Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. T., Madrid, 1986, p. 186.

Las dudas derivan del hecho de que en el fondo nos está diciendo la Ley que el tanteo no es preciso notificarlo y que su inclusión en la Ley puede convertirse en letra muerta o en pura contradicción. Por una parte, el federatario no puede autorizar la escritura de enajenación sin que se le acredite la notificación del tanteo (art. 91-1.^º) y, por otra parte, se dice que el arrendatario tendrá derecho de retracto si no se hubiere cumplido en forma el requisito de la notificación previa. Con razón señala un autor (32) que el supuesto se daría en el caso de que el transmitente asegure que la finca no se encuentra arrendada, es decir, que cometa un delito de falsedad en documento público o bien que entienda que el contrato estaba extinguido o no sujeto a la legislación especial, supuestos desde luego difícilmente amparables bajo la capa de la buena fe. Otros (33) entienden que el supuesto va referido a que hubiera mediado una transmisión verbal o en documento privado, y que sin notificación previa el notario no puede autorizar la escritura. Por tanto, tenemos:

- a) El notario no puede autorizar la venta sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a efectos del tanteo (art. 91).
- b) Dicho tanteo ha de ser practicado con las formalidades previstas en la Ley, es decir, fehacientemente y con inclusión de las condiciones todas de la venta.
- c) Si se omiten dichas condiciones, en todo o en parte, y así lo expone el requerido, el notario ha de exigir la notificación y nueva práctica de la misma al arrendatario.
- d) Si el tanteo se ha notificado con todas las formalidades y las condiciones que figuraban en el mismo son distintas a las notificaciones de la venta efectuadas, el arrendatario podrá ejercitar el retracto durante los sesenta días siguientes (34).
- e) Si el requisito de la notificación previa no se hubiere cumplido en forma, se practicará el requerimiento, asimismo, en la propia escritura a los efectos del retracto.

En definitiva, que bastaría alegar al momento de la enajenación por parte del vendedor la práctica de la notificación con todas las deficiencias que se quisieran para que el notario pudiera sin cortapisas alguna, y aunque no se le hubiera acreditado la notificación del tanteo, proceder de inmediato a la venta, con la obligación, eso sí, de notificarla al arrendatario a efectos del retracto.

Por ello quizás hubiera sido preferible utilizar el criterio más sencillo que recoge la Compilación de Navarra (35).

(33) ORIHUELA GONZÁLEZ, J.: «Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada», mayo de 1981, p. 970.

(34) Por tanto, si son iguales deberá ejercitarse el tanteo dentro del plazo de los sesenta días y no habrá derecho de retracto. En contra COBACHO: *Ibidem*, p. 80. «La cuestión, dice, es dudosa, porque cabe pensar, por un lado, que ha renunciado a adquirir la finca, pero también puede pensarse que hasta el momento de la inscripción registral puede adquirir la finca porque el texto del artículo 91-2.^º dice que en todo caso se practicará la notificación de la escritura de enajenación». Entendemos que el artículo sujeta dicha obligación de notificar a que se cumpla un requisito fundamental: «Si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a los contenidos en la notificación previa».

(35) Ley 445, párrafo 2.^º: «El derecho de retracto presupone siempre el derecho de tanteo, pero cuando se haya efectuado la debida notificación para el ejercicio del derecho de tanteo, y no se haya hecho uso de éste dentro del plazo que en cada caso corresponda, quedará excluido el derecho de retracto».

5. Las condiciones de la notificación y efectos de subrogación

La Ley obliga a notificar «las condiciones de la enajenación, así como el precio, en su caso, y el nombre y circunstancia del adquiriente» (art. 87).

Se trata de que el arrendatario tenga un conocimiento, como afirma el Tribunal Supremo, «plenamente cabal, cierto, completo, exacto, perfecto, de las condiciones esenciales y no esenciales» (36).

Respecto al precio, no hay que olvidar que la sentencia de 20 de noviembre de 1975, asentaba la doctrina de que el arrendatario, a efectos del precio convenido en la escritura pública, entre vendedor y comprador, debe considerarse tercero y por tanto, sólo a las partes «es imputable el daño que puede sobrevenirles por el hecho de figurar un precio inferior, sin duda con fines de ocultación fiscal, y no a los terceros, frente a los cuales cabe oponer la posible simulación absoluta o relativa cometida en la escritura pública».

Cosa distinta es que no haya constancia del precio o que éste no tenga relación alguna, por superior o inferior, al valor real de la finca. El Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 1943, señala que en dichos casos habrá de estar, por razón de justicia, al precio real, es decir, la cantidad en metálico que entregó al comprador.

De cualquier forma el precio se considera requisito básico (art. 87), pues como señala la sentencia de 7 de julio de 1958, si falta, provoca la inexistencia del mismo al carecer de uno de sus requisitos básicos, y al faltar la venta, falta con ello el requisito básico para que nazca el retracto.

Es cuestión muy suscitada en la práctica, la de repercusión del ejercicio del retracto sobre las ventas realizadas a tanto alzado, sistema que a veces por desconocimiento, se acude en la práctica, con onerosas consecuencias desde el punto de vista fiscal; lógicamente la acción de retracto nace exclusivamente de la vinculación personal del arrendatario con la finca vendida, y a ella deberá limitarse el ejercicio del retracto. Lo lógico es que el notario aconseje a los contratantes la figura de un valor por cada finca, o al menos el que quieran dar a la sujeta al retracto, como de hecho vienen obligando en países como Francia (38). De no hacerlo así, por las circunstancias que fuere, el valor de la finca, conforme señaló el Tribunal Supremo para un supuesto de retracto entre conlindantes no será el que determinan los peritos para cada una de ellas, sino el que resulte de la distribución del precio único entre las diferentes fincas vendidas, teniendo en cuenta las diferentes características de cada una de ellas (S. de 16 de junio de 1956).

En cualquier caso se le condena de momento al arrendatario a satisfacer el precio convenido en el contrato sin perjuicio de un derecho sobre el antedicho valor, en vía judicial. No existe posibilidad de discusión previa en cuanto al precio, como sin duda la tuvo el primer comprador, y se echa de menos una disposición como la que existen en algunos ordenamientos (39) en que precisamente ante

(36) Sentencia de 20 de mayo de 1981.

(37) Ratificado después entre otros por sentencias de 7 de julio de 1947, 22 de diciembre de 1950, 26 de mayo y 4 de diciembre de 1956, 1 de mayo de 1965, y 12 de junio de 1984.

(38) Artículo 794 del Código rural francés.

(39) Artículo 56-C de la Ley de Arrendamientos Rústicos de Holanda, 23 de enero de 1958.

las dudas del arrendatario sobre el precio real de la venta, se faculta al arrendador para solicitar de la Cámara Agraria respectiva la estimación real del valor de la finca.

Puede suceder, que se sumen a las condiciones tipo de los contratos otras singulares, que indudablemente han de ser comunicadas en toda su amplitud al arrendatario. Nos referimos concretamente a las ventas a cambio a alimentos y a las rentas vitalicias. No es este el lugar oportuno para analizar si propiamente constituye esta última una figura independiente de la enajenación a efectos de retracto, o estamos asistiendo a una encubierta compraventa modalizada en su pago por el aplazamiento del mismo, o si se confunde con la venta a cambio de alimentos (ver S. de 14 de noviembre de 1980). Pero si nos detendremos por su importancia en el agro asturiano, en las frecuentísimas ventas a cambio de alimentos, normalmente acompañadas con reserva de usufructo a favor del vendedor. Lo que suele subyacer en la mayoría de estos supuestos es una donación encubierta y una mejora en vida a favor del hijo que atiende a los padres hasta su fallecimiento, aunque en nuestra práctica profesional hemos presenciado algunos casos a favor de extraños con repercusiones de muy interesante estudio desde el punto de vista sucesorio. Pero remitiéndonos al supuesto tipo, el caso más frecuente lo es entre tíos solteros o viudos a favor de sobrinos e incluso de extraños. En estos últimos supuestos (el caso de los hijos entra en la órbita del art. 92) la cuestión a debatir es si el arrendatario debe verse obligado al cumplimiento de una condición de matiz tan especial, pues es indudable que fue el carácter «*intuitu personae*» del comprador, el que dio nacimiento a la venta. El Tribunal Supremo vincula por este motivo el ejercicio del retracto al hecho de que la subrogación sea posible, pues «*aun cuando el retracto arrendaticio más que un simple derecho a subrogarse en el lugar del adquiriente de una finca es una forma de acceso a la propiedad de la tierra por parte de quienes la llevan en arriendo, el efecto que del mismo se deriva es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador...*» esta subrogación lo es en el todo del contrato y, por tanto, en el cumplimiento de esas obligaciones tan personalísimas. En este sentido no hay que olvidar que se trata de una subrogación en la posición del tercero como adquirente de la propiedad (40).

Ese carácter personal hace que precisamente su incumplimiento haga nacer una acción personal y no real, como reconoció la resolución de 3 de diciembre de 1892, en un supuesto de donación a cambio de alimentos, puesto que «*no son cargas que afecten a los bienes donados como impuestos específicamente sobre los mismos y con los requisitos indispensables, para que puedan reputarse cargas reales...., sino que por el contrario de los mismos términos de la escritura se desprende que se constituyeron como obligaciones personales...*».

Por otra parte, la subrogación del retrayente tiene especiales características según el bien retraído se ganancial o no, y en concreto si se ejercita el retracto en los términos del artículos 1.374-4.^º con reembolso del importe al cónyuge arrendatario si fuere adquirido con fondos privativos. La novedad que representa res-

(40) NART, I.: *Obra ant. cit.*, p. 952. También, entre nosotros, ARECHEDERRA, L.: *El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica*, en «RDN», julio-diciembre de 1979, p. 7. Como consecuencia de ello la primera relación jurídica entre el enajente y el adquiriente sólo sufre una variación en uno de los elementos personales, pero permanece en el resto.

pecto al anterior régimen es evidentemente el de su regulación dentro de las adquisiciones gananciales. Sin mención alguna en el antiguo artículo 1.401, el criterio general tendía a considerar, bajo el principio de subrogación que el bien adquirido por ejercicio del retracto entraba en el patrimonio de aquel al que pertenezca dicho derecho, en este caso el del cónyuge arrendatario, principio que el Código civil sólo admitía respecto a la dote (art. 1.337-2.º) y a los privativos (art. 1.396-3.º). Por lo demás el régimen aplicable a los retractos es análogo al vigente hasta 1981, pues el valor determinante es el de la situación precedente (41). Aunque no falta quien (42) entienda que los artículos 1.346 y 1.347 se refieren más bien a derechos, ya personales o reales, pero no a relaciones contractuales, que entrañan un derecho de uso y disfrute, en su caso, y una obligación, la de pagar renta. Estos supuestos y, por tanto, el arrendamiento rústico se encuadrarían en el artículo 1.347-3.º

Lacruz entiende que el supuesto se engloba bajo la figura de la subrogación real relacionada con el principio de accesión (43), pues lo adquirido, lo es mediante precio y, sin embargo, no ingresa necesariamente en el patrimonio de donde procede dicho precio, sino que sustituye al derecho en cuyo ejercicio lo adquirió. Tratándose del ejercicio del retracto arrendaticio, sin embargo, ya Sanz Fernández, estimaba que si el retracto arrendaticio pertenecía a uno de los cónyuges, el carácter privativo o ganancial del bien adquirido vendrá dado por la naturaleza ganancial o privativa del dinero con que se pague (44), señalando como razones para excluir el retracto arrendaticio del antiguo 1.396: «La diversidad de fin económico entre este retracto y los demás, la índole del interés protegido con el mismo y aun la dificultad de calificar el arrendamiento como privativo o ganancial» (45). La reforma del régimen de gananciales y la inclusión tanto en la esfera privativa (art. 1.346-4.º) como ganancial (art. 1.347-4.º) del retracto, viene a implantar el principio de que es indiferente el origen privativo o ganancial del dinero con que se pague el retracto respecto a la naturaleza de los referidos bienes y sólo habrá (46) un derecho de reembolso a favor del cónyuge y contra el patrimonio ganancial, si el pago se hizo con dinero privativo.

El mismo principio que para el retracto, habrá que aplicar para el tanteo (47).

Por último, si son varios los arrendatarios, conforme al artículo 93, ejercitarán el retracto sobre su respectiva porción. Se supera con ello el rígido sistema del antiguo artículo 16-6.º del Reglamento del 59, que preveía para el caso de que no existiera acuerdo unánime o fuera imposible el retracto para algún arrendatario el que se ejerciera sobre la totalidad de la finca. Se sustituye ahora ese

(41) BLANQUER UBEROS, R.: *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidad y excepciones*, en «AAMN», T. XXV, p. 83.

(42) DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil*, Edersa, T. XVIII, vol. 2.º, p. 103.

(43) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho de familia*, T. I, Boch, 1976, p. 245.

(44) SANZ FERNÁNDEZ: *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad. Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, secc. III, p. 306.

(45) *Ibidem*, p. 305.

(46) DÍEZ PICAZO, L.: *Obra ant. cit.*, p. 1601.

(47) DE LOS MOZOS: *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, en «RDP», febrero de 1982, p. 102.

sistema por el del establecimiento de un orden de preferencia de los demás arrendatarios sobre las parcelas de los que renuncian, que establece la Junta Arbitral.

Lo cual no es óbice, a nuestro juicio, para que quepa perfectamente el acuerdo de los interesados, como prevenía Ballarín, para la legislación anterior al 59 (48), en forma de proindiviso sobre la parte de la finca renunciada.

(48) BALLARÍN MARCIAL, A.: *El retracto arrendaticio de fincas rústicas y su constatación formal en caso de pluralidad de retrayentes*, en «RDN», XV, enero-marzo de 1957, p. 353.

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. ASOCIACIONES. Se regula la inscripción registral de las asociaciones juveniles.

Real Decreto 397/1988, de 22 de abril («BOE» del 28).

Las asociaciones juveniles se encontraban reguladas por el Real Decreto 3.481/1977, de 16 de diciembre, norma inspirada por criterios restrictivos incompatibles con el artículo 22 de la Constitución, regulador del derecho de asociación. Por ello el presente Decreto lleva a cabo una nueva regulación de tales asociaciones reduciendo al mínimo los requisitos exigibles.

Se consideran asociaciones juveniles las integradas por personas de edad comprendida entre los catorce y los treinta años. La inscripción registral, a los solos efectos de publicidad, se practicará con la oportuna solicitud acompañada del Acta de Constitución y Estatutos. Expresamente se reconoce capacidad a los menores de edad que pertenezcan a los órganos directivos para actuar ante las administraciones públicas.

3. *Derechos reales*

2. PROPIEDAD INTELECTUAL. Desarrollo del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Real Decreto 395/1988, de 25 de abril («BOE» del 28).

La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (reseñada en este Anuario, XLI-I, disposición número 3 de la Información Legislativa) estableció la participación de los autores de obras de artes plásticas en el precio de reventa de las mismas cuando se realice por comerciantes, pero remitía a una norma reglamentaria la determinación del límite mínimo de precio para dar lugar a tal participación. De acuerdo con esta previsión, el presente Decreto fija en 200.000 pesetas el precio mínimo y señala que la participación del 2 por 100, que corresponde al autor, se aplicará sobre el precio de enajenación o adjudicación en subasta, sin deducción alguna.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», durante el segundo trimestre de 1988.

3. PROPIEDAD INTELECTUAL. Desarrollo del artículo 72 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Real Decreto 396/1988, de 25 de abril («BOE» del 28).

El artículo 72 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, impuso el régimen de control de tirada para las ediciones de obras impresas; ahora se regulan los procedimientos utilizables para llevar a cabo tal control.

La norma reglamentaria contempla como ordinario el control consistente en la emisión de certificaciones sobre el número de ejemplares por parte del editor, antes de la puesta en circulación de los ejemplares, y posterior comprobación a iniciativa del autor. Se admite también sustituir este procedimiento por la numeración o contraseñado de los ejemplares cuando expresamente se establezcan en el contrato de edición.

4. PROPIEDADES ESPECIALES. Se regula la propiedad forestal en Cataluña.

Ley del Parlamento catalán 6/1988, de 13 de marzo («BOE» del 2 de mayo).

El ejercicio de potestades administrativas sobre terrenos o productos de especial interés acarrea el establecimiento de limitaciones sobre las propiedades privadas existentes; una muestra de esta incidencia es el contenido de la presente Ley, cuyos precedentes son las sucesivas Leyes de Montes promulgadas para todo el territorio español.

La Ley tiene un campo de aplicación muy amplio, pues se califican como terrenos forestales no sólo los suelos rústicos poblados de especies arbóreas, arbustivas, de matorral o hierbas, sino también los yermos colindantes con bosques y los adecuados para la reforestación, sean de propiedad pública o privada. Correspondrá a los planes de desarrollo forestal establecer el régimen de estos terrenos, que podrán someterse a una especial situación si son declarados de utilidad pública o protectores. La Administración Forestal podrá llegar a desarrollar la gestión de los terrenos privados si sus propietarios no cumplen las medidas establecidas en los planes.

Se prevé la fijación, por zonas, de unidades mínimas forestales, de respeto obligado en operaciones de división o segregación de fincas.

Merecen una regulación especial los terrenos forestales de extensión superior a 250 hectáreas, pues se atribuyen a la Administración Forestal derechos de tanteo y retracto cuando sean enajenados. El tanteo deberá ejercitarse en los treinta días siguientes a la comunicación de las condiciones pactadas para la operación; el retracto, a falta de comunicación previa, podrá ejercitarse durante un año contado desde la inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad.

La Ley determina las medidas utilizables para la prevención de plagas e incendios, como la declaración de Zonas de Actuación Urgente, con imposición de obligaciones de colaborar a los titulares de las fincas, so pena de sufrir expropiación de las mismas.

El control administrativo se aplica especialmente a las actividades de aprovechamiento de las maderas y otros productos, que necesitarán autorización previa si no están contempladas en un Proyecto de ordenación o Plan Técnico.

Concluye la Ley regulando dos series de medidas que garanticen su cumplimiento: las de fomento, consistentes en ayudas técnicas o económicas, y las sancionadoras, nunca excluyentes de la debida indemnización de los daños causados.

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.

Ley 11/1988, de 3 de mayo («BOE» del 5).

a) Exposición:

1. Objeto de la Ley: la presente disposición concede derechos exclusivos a los creadores de topografías de productos semiconductores en cuanto sean un resultado de su esfuerzo intelectual. El alcance de los conceptos de productos semiconductores y topografía se determina también en el texto legal.

2. Requisitos de la protección: el derecho a la protección corresponde a los creadores de las topografías, aunque será aplicable al régimen de las invenciones laborales o el contractual que corresponda, según los casos. Quedan amparados por este sistema los nacionales o residentes en Estados de la CEE.

Para la aplicación del sistema de protección, la topografía correspondiente deberá registrarse en el Registro de la Propiedad Industrial. En normas reglamentarias se detallará el régimen de las solicitudes, documentación y procedimiento de registro. Asimismo, deberán inscribirse en el mismo Registro las transferencias de derechos sobre las topografías para que surtan efectos frente a terceros de buena fe.

3. Alcance de la protección: comprenderá el derecho de autorizar o prohibir los actos de reproducción de las topografías y de explotación comercial e importación de las mismas. No obstante, la Ley salva la explotación de un producto semiconductor con desconocimiento de la existencia de derechos exclusivos sobre el mismo, aunque hace participar al titular en los resultados económicos que se obtengan.

Los derechos exclusivos nacerán cuando la topografía sea explotada comercialmente o se presente la solicitud de registro y durarán diez años.

Evidentemente, tanto los titulares de derechos de exclusividad como quienes se consideren perjudicados por la explotación o registro de una topografía propia, podrán ejercitar sus acciones ante los Tribunales.

b) Observaciones:

Esta Ley, siguiendo los criterios marcados por la CEE en su Directiva 87/54, trata de proteger a los creadores de diseños de circuitos integrados, utilizados por la industria electrónica sobre el esquema tradicional de la Propiedad Industrial. Parece, sin embargo, que la aplicación práctica del régimen de protección puede encontrar dificultades por el nacimiento extraregistral de los derechos de exclusividad e, incluso, por admitirse limitadamente su violación de buena fe, lo cual puede ocasionar situaciones de inseguridad jurídica.

La presente Ley, que habrá de ser desarrollada reglamentariamente, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «BOE».

4. Derecho de familia**6. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Ratificación del Convenio de Munich, de 5 de septiembre de 1980, sobre expedición de un certificado de capacidad matrimonial.**

Instrumento de 10 de febrero de 1988 («BOE» de 16 de mayo).

Se establecen normas para la expedición por los Estados contratantes de un certificado de capacidad matrimonial a sus nacionales que pretenden contraer matrimonio en el extranjero.

7. FILIACION ADOPTIVA. Régimen en Aragón.

Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril («BOE» del 21 de mayo).

Como señala la Exposición de Motivos de esta Ley, en Aragón la plenitud de los derechos familiares y sucesorios se reconocía tradicionalmente sólo a los hijos legítimos, con exclusión de los adoptivos. Este régimen tradicional chocaba, pues, abiertamente con principios constitucionales plasmados recientemente en los sucesivos textos reformadores del Código civil, tanto en materia de filiación como específicamente en la adopción.

Para resolver las dudas que pudieran surgir sobre la aplicación en Aragón de los principios constitucionales se ha optado por incorporar a la Compilación foral la equiparación entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza, así como para declarar aplicable en Aragón la regulación general de la adopción. No obstante, se hace expresa mención de una posible aprobación de una legislación aragonesa sobre la materia.

III. DERECHO MERCANTIL

8. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. Se regulan ciertas obligaciones de información.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de mayo de 1988 («BOE» de 11 de junio).

Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable están sujetas a las obligaciones de información impuesta por el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva, de 17 de julio de 1985 (reseñado en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición número 15 de la Información Legislativa). Ahora se establece su obligación de calcular diariamente el valor teórico de sus acciones, que se deberá publicar en el boletín oficial de la Bolsa en que se coticen, y remitirse semanalmente a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

9. CONTRATOS BANCARIOS. Se establecen determinadas obligaciones de información.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de junio de 1988 («BOE» del 17).

La Orden de 3 de marzo de 1987, que generalizó el régimen de libertad en la fijación de tipos de interés y comisiones para los contratos suscritos por entidades de crédito, estableció ciertas medidas que asegurasen la transparencia de las relaciones entre tales entidades y sus clientes (véanse su reseña en este Anuario XL-II, disposición número 23 de la Información Legislativa). Tal disposición, a pesar de su rango inferior, respondía a los criterios plasmados en la Ley de Defensa de los Consumidores, de 19 de octubre de 1984, sin duda aplicable también en las relaciones financieras.

Ahora, la presente Orden completa algunos extremos de la anterior de 1987 con el intento de asegurar que los clientes de las instituciones de crédito conozcan

el verdadero alcance de los contratos que suscriben, prototipo de los contratos de adhesión. De esta forma se impone que los documentos contractuales determinen: el tipo de interés nominal, la periodicidad del devengo, con inclusión de la fórmula de cálculo a utilizar, las comisiones y gastos repercutibles. Deberán también expresar los derechos que la Entidad se reserve para alterar los tipos o comisiones y señalar un tipo de interés efectivo anual pospagable que refleje el coste completo de la operación para el cliente.

No es preciso argumentar la importancia de esta última exigencia, dado que el cúmulo de comisiones puede, en ocasiones, ser más relevante que el propio interés pactado.

Las novedades introducidas por esta Orden entrarán en vigor el 1 de enero de 1989.

10. BOLSAS DE COMERCIO. Se reforman algunos aspectos de su reglamento.

Real Decreto 650/1988, de 24 de junio («BOE» del 28).

La presente disposición afecta a dos aspectos del régimen bursátil:

1. Cotización calificada: esta modalidad de la cotización de valores, caracterizada por exigir requisitos especiales de volumen de contratación y frecuencia de cotización queda suprimida, poniendo término al proceso seguido en los últimos años de borrar toda diferencia de trato entre los valores sujetos a esta modalidad y a la cotización simple. En consecuencia se derogan los artículos 38 a 46 del Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967 y la Orden de 25 de septiembre de 1981.

2. Cruce de operaciones entre plazas: la consideración tradicional de las distintas Bolsas como mercados aislados imponía la prohibición del cruce de operaciones entre Agentes de Bolsas diferentes, plasmada en el artículo 58 del Reglamento. Por tanto, la aproximación del precio de los valores cotizados en varias Bolsas resultaba de las operaciones de arbitraje que cabía realizar.

Actualmente, sin embargo, la corriente de integración de los distintos mercados, no sólo en el ámbito nacional, aconseja suprimir la prohibición anterior, lo que redundará en una mejora de la transparencia de las operaciones. Obviamente la realización de operaciones cruzadas entre Agentes de distintas plazas sólo se alcanzará estrictamente cuando todos se encuentren conectados a un mismo sistema de contratación por medios informáticos, tal como prevé el Real Decreto al dar nueva redacción al artículo 58 del Reglamento de Bolsas. Mientras no se establezca tal sistema, la contratación habría de hacerse a través de otro Agente o de la Junta Sindical de otra Bolsa que actúen como intermediarios; posibilidad ahora utilizable y también prevista en la nueva disposición.

Estas innovaciones entraron en vigor el día 1 de julio pasado.

IV. DERECHO PROCESAL

11. JURISDICCION MILITAR. Se crea el Cuerpo Jurídico Militar de Defensa. Ley 6/1988, de 5 de abril («BOE» del 7).

Se unifican los Cuerpos Jurídicos de los tres ejércitos, creando un solo Cuerpo Jurídico Militar en el que se integran los miembros de los anteriores. La Ley

regula los principios de organización del nuevo Cuerpo y la forma de realizar la integración para formar un único escalafón.

12. JURISDICCION MILITAR. Regulación de su planta y organización territorial.

Ley 9/1988, de 21 de abril («BOE» del 22).

Esta Ley cumple las previsiones de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio (reseñada en este Anuario, XL-IV, disposición número 15 de la Información Legislativa), determinando los distintos territorios que corresponden a los Tribunales Militares, su división en Secciones y las sedes de estos órganos jurisdiccionales. Iguales determinaciones se hacen para los Juzgados Togados.

En las disposiciones adicionales se lleva a cabo una revisión de las normas procedimentales del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, para adecuarlas a los nuevos criterios rectores de la jurisdicción militar.

13. SECRETARIOS JUDICIALES. Se aprueba su Reglamento Orgánico.

Real Decreto 429/1988, de 29 de abril («BOE» de 7 de mayo).

El presente reglamento se promulga cumpliendo las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio), regulándose también, con especial detalle, el régimen transitorio aplicable para la integración en un sólo Cuerpo funcionarial de los secretarios de las distintas jurisdicciones.

El reglamento considera a los Secretarios Judiciales como funcionarios públicos, de carácter técnico, integrados en un Cuerpo Superior que, con el carácter de autoridad, ejercen con autonomía e independencia la fe pública judicial, desempeñando las funciones de dirección de la oficina judicial y de ordenación del proceso. A continuación el texto reglamentario establece su régimen funcionarial y el alcance de sus funciones.

13. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Se modifica parcialmente su Ley Orgánica reguladora.

Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio («BOE» del 11).

Como es bien sabido, el exceso de asuntos pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional se debe principalmente a la amplitud con que se admite la utilización del recurso de amparo por la Ley Orgánica reguladora, 2/1979, de 3 de octubre. La presente Ley trata de aligerar la tramitación de los procesos de amparo flexibilizando los requisitos para darles término sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, es decir, mediante declaraciones de inadmisibilidad. Para ello se atribuyen a las Secciones las funciones de control para la admisión de las demandas descargando de este trabajo a las Salas, y se permite decretar la inadmisión con providencia, resolución menos compleja que el auto, reservado ahora para los casos de falta de unanimidad entre los miembros de la Sección o interposición de recurso por el Ministerio Fiscal.

Las modificaciones indicadas, que afectan a los artículos 50 y 86 página 1 de la Ley Orgánica de 1979 se aplicarán también a las demandas de amparo pendientes de admisión a la entrada en vigor de la Ley de Reforma (el día siguiente a su publicación).

Finalmente debe destacarse que la Ley recoge la causa de inadmisión, ya incluida en la Ley de 1979, consistente en «que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de constitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias». El fundamento de esta causa parece encontrarse en el principio de la cosa juzgada, dotado en los procesos constitucionales de un alcance superior, más que en una pretendida vinculación al precedente.

V. OTRAS DISPOSICIONES

15. TRIBUNAL DE CUENTAS. Se regula su funcionamiento.
Ley 7/1988, de 5 de abril («BOE» del 7).

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (2/1982, de 12 de mayo, reseñada en este Anuario, XXXV-III, disposición número 21 de la Información Legislativa) dispuso la elaboración de una norma legal que regulase con detalle las actuaciones del Tribunal; sólo ahora se cumple tal mandato. La Ley regula la organización del Tribunal y los procedimientos para el desempeño de sus funciones, fiscalizadora y jurisdiccional. Precisamente la determinación del alcance de la jurisdicción contable, llamada a exigir responsabilidades extracontractuales, es lo que impidió que anteriores anteproyectos de esta Ley viesen la luz.

El texto legal define la jurisdicción contable con criterios restrictivos, imponiendo para su actuación que los menoscabos a los caudales públicos resulten de infracciones al régimen presupuestario y de contabilidad. Con ello se separa este ámbito del reservado a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

16. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Regulación de las infracciones y sanciones en el orden social.

Ley 8/1988, de 7 de abril («BOE» del 15).

La presente Ley tiene por objeto básico dotar del debido rango legal al derecho administrativo sancionador en materia social, antes disperso en varias disposiciones de rango inferior. Tiene el nuevo texto la pretensión de ser completo, regulando los conceptos generales de la materia (concepto de estas infracciones, sujetos responsables, prescripción) y tipificando las conductas que se consideran infracciones, debidamente clasificadas (laborales, en Seguridad Social, de los trabajadores o beneficiarios, de Mutuas Patronales, en materia de empleo, en materia de movimientos migratorios). Al regular las sanciones se establecen los criterios para su graduación, las especiales aplicables a ciertas infracciones y el procedimiento sancionador.

17. DERECHO DE INFORMACION. Regulación de la televisión privada.
Ley 10/1988, de 3 de mayo («BOE» del 5).

La televisión tiene, constitucionalmente, la naturaleza de servicio público de titularidad estatal, de forma que su gestión indirecta, por particulares, puede realizarse en régimen de concesión administrativa. La presente Ley regula las condiciones y alcance de esta forma de gestión del servicio.

Las concesiones se otorgarán por el Gobierno previo concurso público, en número de tres, y atendiendo a los criterios que se detallan, siendo su duración de diez años.

Las emisiones a realizar tendrán cobertura nacional, debiendo respetarse en la programación los límites que se establecen según el origen de los programas.

Reviste especial interés el régimen establecido para las sociedades concesionarias, por condicionar ampliamente sus actos. Así tales sociedades deberán ser anónimas, con objeto social exclusivo de gestionar indirectamente el servicio de televisión y sus acciones habrán de ser nominativas.

El capital mínimo, de 1.000 millones de pesetas, deberá estar suscrito y desembolsado en un 50 por 100, aunque al otorgarse la concesión el desembolso deberá ser ya total.

Sólo podrán ser accionistas personas físicas o jurídicas cuando sean sociedades anónimas con acciones nominativas, siendo incompatible la titularidad simultánea de acciones de varias concesionarias. También se limita al 25 por 100 la participación de extranjeros.

En un registro especial de sociedades concesionarias (del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones) se inscribirán las concesiones, las sociedades concesionarias, sus modificaciones, las transmisiones de sus acciones y las emisiones de obligaciones que realicen. Especial control se aplicará a las transmisiones a gravámenes de las acciones de estas sociedades, pues requerirán previa autorización administrativa y su formalización ulterior ante federatario público. Igual control se aplica a las emisiones de obligaciones.

La Ley se completa con un detallado régimen sancionador de las infracciones a sus disposiciones.

18. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. Normas provisionales de gestión y liquidación.

Real Decreto 422/1988, de 29 de abril («BOE» del 5 de mayo).

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, aprobó el nuevo régimen del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (véase en reseña este Anuario, XLI-I, disposición número 9 de la Información Legislativa), que entró en vigor el 1 de enero de 1988. A falta, todavía, de un nuevo Reglamento acomodado a dicha norma legal, es de aplicación el antiguo Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, cuyas disposiciones han de completarse con el régimen de gestión que, con carácter provisional, contiene el presente Real Decreto.

Las materias objeto de regulación son las siguientes:

1. Competencia para la gestión del impuesto.

En el nuevo régimen de este tributo, las competencias gestoras corresponden a las Delegaciones o Administraciones de Hacienda y a las oficinas que determinen las Comunidades Autónomas que tenga cedido este tributo.

Se hace pues, efectivo el cese de las competencias gestoras de las Oficinas Liquidadoras a cargo de Registradores de la Propiedad para los hechos imponibles sujetos a la nueva normativa. No obstante, las Comunidades Autónomas competentes podrán encomendar la gestión a las oficinas liquidadoras de partido en su territorio.

La competencia territorial de las oficinas gestoras se distribuye según dos criterios básicos: para las adquisiciones «mortis causa», se atiende a la residencia

habitual del causante; para las «inter vivos», a la residencia habitual del adquirente. En caso de transmisión «inter vivos» de bienes inmuebles la competencia se liga a su lugar de situación y en relación con las cantidades obtenidas por beneficiarios de seguros de vida lo mismo ocurre con el lugar de pago de las mismas.

2. Reglas para la presentación de impuestos:

Los sujetos pasivos del impuesto deberán presentar en la oficina competente el documento en que se recojan los elementos del hecho imponible, con los efectos de una declaración tributaria. En particular, tratándose de adquisiciones «mortis causa» deberán aportarse: certificados de defunción y del Registro de Actos de Ultima Voluntad, copia de las disposiciones testamentarias o de la declaración de herederos, contratos de seguro cuyo importe deba acumularse a la sucesión o justificación de las cargas, deudas o gestos deducibles.

A efectos de la corrección aplicable según el patrimonio preexistente del adquirente, deberá proporcionar información suficiente sobre su cuantía.

Los plazos de presentación de los documentos y declaraciones serán los siguientes:

- Seis meses contados desde el fallecimiento del causante cuando se trate de adquisiciones «mortis causa».
- Ochenta días hábiles, contados desde el siguiente al acto o contrato en los demás casos.

El plazo podrá ser prorrogado en caso de adquisiciones «mortis causa» y quedará suspendido su transcurso si se promueve litigio o juicio voluntario de testamentaría.

3. Liquidación del impuesto:

Se prevé la aplicación en este impuesto del régimen de autoliquidación, en que los interesados calculan el importe del tributo y lo ingresan, proporcionando a la Administración la documentación precisa para su ulterior comprobación. Será necesario que concurran dos circunstancias: que todos los causahabientes opten por la autoliquidación y se incluyan en la misma declaración; y que se comprendan en su totalidad los incrementos de patrimonio de cada sujeto pasivo. Este sistema podrá aplicarse incluso a las liquidaciones parciales a cuenta, que se giren para el cobro de seguros de vida, créditos o haberes, y para retirar depósitos de bienes, valores o dinero del causante.

En todo caso la justificación del pago del impuesto o la nota de no sujeción o exención será necesaria para que los documentos tengan acceso a los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial.

4. Normas especiales:

El Decreto refiere a situaciones singulares como son: la devolución del impuesto por la satisfacción de deudas del causante o transmitente; la correspondiente a los bienes que adquiera la Administración ejercitando su derecho de retracto; la liquidación de los excesos de adjudicación, o la competencia para conceder aplazamientos y fraccionamientos.

Finalmente, debe indicarse que los modelos de los impresos para formular la autoliquidación de este impuesto fueron aprobados por Orden de 27 de junio de 1988 («BOE» del 29).

La responsabilidad contractual (primer y último repaso)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

En el tomo XL, fascículo IV de 1987, publica este *Anuario* (en pp. 1283 y ss.) una *Nota crítica* (en adelante, *Nota*), que dedica a mi libro *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987 (en adelante, *Libro*), el profesor Clavería, amigo y compañero de Departamento en la Universidad de Sevilla.

Agradezco a Clavería esta amabilidad, así como sus elogiosos juicios, pero, al mismo tiempo, me siento obligado a recuperar, en puntos que me parecen importantes —lo suficientemente como para vencer la natural repugnancia de cualquier persona razonable por este género de rectificaciones—, el sentido genuino de mis opiniones, que sale notablemente malparado en ellos, de resultas de la referida *Nota*.

I. Así, en la página 1285 de la *Nota*, y pretendiendo exponer mi opinión, se dice que fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento «en el que puede ir comprendida —y siempre va presunta— la culpa». Ignoro si esta expresión por mí subrayada refleja o no el pensamiento de Clavería, pero lo que es seguro, es que no sólo no refleja el mío, sino que es incompatible con él.

Para mí, ciertamente, el fundamento de la responsabilidad contractual es, en todo caso, el incumplimiento: cualquier contravención de la obligación mientras ésta subsista, mientras no se dé por el deudor la prueba liberatoria de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil, que extingue o suspende el vínculo obligatorio (y, *por ello*, exonera al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor de responsabilidad: la no subsistencia de la obligación excluye la relevancia jurídica de la infracción del deudor: el incumplimiento mismo) [*Libro*, pp. 19 y ss.; 74 y ss.; 100 y ss.; 226 y ss; 284 y ss.; etc.].

La diligencia que, como tendré que insistir después, para mí en el Código civil es siempre objetiva: una norma de conducta (art. 1.104), cumple en el sistema de la responsabilidad contractual dos funciones:

a) Es criterio de exacto cumplimiento para las prestaciones de actividad o de medios: en ellas, donde se presta la diligencia debida (común o técnica), se cumple, y, por ende, la cuestión de la responsabilidad contractual es implanteable (pues tal cuestión presupone necesariamente la infracción de la obligación: la falta de total, parcial o exacto cumplimiento); *a contrario* y, como lógico corolario de lo anterior, en esta clase de obligaciones la diligencia sirve para determinar cuándo hay infracción de la obligación: falta de exacto cumplimiento; entonces, si no se presta la diligencia debida, si hay culpa (siempre objetiva: infracción de una norma de conducta; culpa es para mí, como para la mayor parte de

la doctrina, lo contrario de diligencia), la cuestión de la responsabilidad contractual es *planteable*, lo cual quiere decir que esta culpa-infracción de la obligación no determina inexorablemente la responsabilidad del deudor: éste aún podrá probar que no pudo prestar la diligencia debida por caso fortuito (por imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable).

O sea, que esta culpa-infracción de la obligación es lo que yo he llamado incumplimiento material, como hecho (falta de exacto cumplimiento), y cumple el mismo papel que cualquier otra infracción dentro de las obligaciones de medios distinta de su inexactitud cualitativa (la falta total de cumplimiento, el retraso), o que cualquier contravención de la obligación en otro tipo de obligaciones.

Por eso digo [*Libro*, pp. 106, 233 y 271] que es a esta culpa-infracción de la obligación, que permite plantear la cuestión de la responsabilidad contractual pero no la resuelve definitivamente, a la que se refiere el artículo 1.101 del Código civil.

Pues bien, esta culpa-infracción de la obligación, como cualquier otra contravención de la obligación (en las obligaciones de medios, o en otro tipo de obligaciones), *nunca* se presume, y, en aplicación de los principios generales de la carga de la prueba —es hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad *ex articulo 1.101 del Código civil*—, el acreedor asume su riesgo probatorio [*Libro*, pp. 287-288].

b) Pero la diligencia (*la misma* norma objetiva de conducta del art. 1.104 del Cc.) cumple otra función, ésta general para todas las obligaciones (que, por tanto, en las obligaciones de medios se superpone a la anterior): es criterio general de imputación del hecho obstativo del cumplimiento o del exacto cumplimiento en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual. Por ello, demostrada por el acreedor la infracción en cualquier forma de la obligación —sea de medios o de resultado—, cabe al deudor —específica contraprueba liberatoria— demostrar que la falta de exacto cumplimiento (total, parcial, puntual, exacto) denunciada por el acreedor obedece a una imposibilidad sobrevenida y a él no imputable —en esta imputación juega el criterio general del artículo 1.104: artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil— del total, exacto o puntual cumplimiento.

Aquí la idea de la presunción de culpa es repetitiva o redundante de un hecho cierto: al deudor no cumplidor incumbe la prueba de la imposibilidad liberatoria (caso fortuito), con todos sus requisitos, como hecho obstativo de la pretensión de responsabilidad del acreedor y constitutivo de su pretensión de liberación, de donde nace la necesidad de probar la ausencia de culpa respecto de la causación del hecho obstativo que imposibilita el cumplimiento o exacto cumplimiento, y *no* de una presunción de culpa, concebida como fundamento y, por tanto, hecho constitutivo de la responsabilidad contractual, que,矛盾atoriamente con ello, el acreedor que pretende tal responsabilidad no ha de probar [*Libro*, p. 288 y precedentes].

El planteamiento tradicional es conocido: no basta para desencadenar la responsabilidad contractual del deudor su incumplimiento, éste ha de ser, además, culpable. La culpa se hace así un genuino hecho constitutivo de la pretensión reparatoria del acreedor. Pero, en contra de lo que sería consecuente: 1. No es el acreedor quien ha de probar el hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad, sino el deudor su ausencia: primera incoherencia en el plano (procesal) de la carga de la prueba. 2. La manera de demostrar la ausencia de culpa, no

es la prueba de la diligencia, sino (para el 99 por 100 de la doctrina) la prueba del caso fortuito: segunda incoherencia, en el plano sustantivo: del contenido de las reglas de responsabilidad contractual. 3. Además, frecuentemente se dice que ni siquiera el acreedor ha de probar la infracción de la obligación por el deudor, pues por incumbir a éste *siempre* (también cuando el acreedor demanda la responsabilidad contractual) la prueba del cumplimiento, tal infracción (el incumplimiento como hecho, la materialidad del incumplimiento) se presume. (Sobre ello tendré que volver después, de momento quede sólo apuntado que mucha presunción es esa: presunción de culpa, más presunción de la falta de exacto cumplimiento en la que se apoya la primera presunción.)

Lo dicho, como he expuesto en el *Libro* (especialmente, pp. 284 y ss.), debe bastar para establecer mi claro «desmarque» de la doctrina tradicional: en ésta la presunción de culpa es un mecanismo artificioso y ortopédico que permite «explicar», manteniendo formalmente (ficticiamente) la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, la realidad del *funcionamiento efectivo* de la responsabilidad contractual: el deudor no cumplidor (o no exactamente) ha de probar, si quiere exonerarse, el caso fortuito. Yo, por mi parte, digo: *esto último es la verdad* (arts. 1.105, 1.182 y ss. del Cc.: es lo que dice el Código), pero esto *no* es consecuencia de que la culpa sea el fundamento de la responsabilidad contractual, sino de que el caso fortuito es el hecho obstativo de la pretensión de responsabilidad del acreedor: la prueba liberatoria [*Libro*, pp. 284 y ss., especialmente, p. 293], y, añado también, es la prueba liberatoria porque su presencia excluye el *verdadero* fundamento de la responsabilidad contractual: el incumplimiento, la falta de exacto cumplimiento de una obligación subsistente. Como he repetido incansablemente a lo largo del *Libro*, dado que la prueba liberatoria, para ser tal, debe ser negación del fundamento de la responsabilidad contractual, el que la prueba liberatoria (que, prácticamente, todos unánimemente admitimos) sea la del caso fortuito (la imposibilidad liberatoria) —y no la de la diligencia: la ausencia de culpa—, demuestra inexcusablemente que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento y no la culpa.

II. Me acusa Clavería (*Nota*, p. 1.284, y pp. 1292-1293) de escamotear la relevancia de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad contractual, y de presentar, de matute, la misma doctrina tradicional que critico.

Vayamos por partes:

Desde el principio de la obra [*Libro*, pp. 40 y ss., y 71], he advertido que cuando se habla de objetivismo en materia de responsabilidad contractual, hay que distinguir entre:

A) Un primer objetivismo, que es el simple resultado de desenvolver coherentemente todas las implicaciones derivantes de que, para liberarse de responsabilidad, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor haya de probar (como dice el Código, el 99 por 100 de la doctrina universal, el 100 por 100 de la española, Clavería incluido, según parece) el caso fortuito: la imposibilidad sobrevenida e inculpable del cumplimiento o exacto cumplimiento.

Este primer objetivismo, que yo asumo plenamente, es heredero de la crítica de Osti, y no tiene otro resultado que desvelar, manteniendo sus resultados prácticos, los equívocos terminológicos en que se asienta la doctrina tradicional culpabilista: se responde o se deja de responder cuando dice ésta, pero no por las razones que ella indica: la responsabilidad contractual funciona *así*, pero se explíca mejor (más coherentemente) de otro modo.

El deudor responde siempre que infringe en cualquier modo la obligación y no da la prueba del caso fortuito que le ha impedido cumplir o hacerlo exactamente: en esto coincidimos el Código, la doctrina tradicional y yo (y, según parece, también Clavería). La doctrina tradicional dice: responde porque cuando no hay caso fortuito, hay culpa; y cuando hay caso fortuito, no responde porque no hay culpa. Yo digo:

1. Cuando hay caso fortuito, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor no responde porque no hay incumplimiento: no hay una obligación que subsista y lo haga infringida: hay una obligación extinguida (imposibilidad definitiva), o hay una obligación suspendida (imposibilidad temporal, que justifica el retraso) [«suspensión» y no «supresión» debe decir en las líneas primera y segunda de la p. 293 del *Libro*]. En el caso de una realización no exacta de la prestación, preciso ahora, que esté determinada por caso fortuito, por la imposibilidad inimputable al deudor del exacto cumplimiento, la obligación se ha reducido a lo que era posible prestar, más allá de ese límite también se ha extinguido, y por ello tampoco cabe aquí la responsabilidad.

2. Y cuando no hay caso fortuito, lo que sucede —esto parece olvidarlo Clavería— no sólo cuando existe una imposibilidad sobrevenida imputable al deudor no cumplidor, sino también siempre que la prestación (el cumplimiento o exacto cumplimiento) es posible, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor responde porque la obligación subsiste y subsiste insatisfecha: también, pero no sólo, cuando existe imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor: incumplimiento definitivo, responsabilidad que se refiere no a la prestación *in natura* (devenida imposible), sino a su valor, más los daños que se prueben.

Por eso responde siempre el deudor de cosas genéricas, con independencia de su culpa, antes de la concreción y mientras el género debido subsista y no existan otras causas que imposibilitem la prestación; por eso la ejecución forzosa *in natura* de la prestación del deudor (que presupone necesariamente la posibilidad de ésta) prescinde en todo caso de la culpa del deudor. Estas consecuencias, en las que todos coincidimos, sólo pueden ser «explicadas» por la doctrina culpabilista sobre la base de facilones triquiñuelas: ¡las obligaciones genéricas son un campo aparte del Derecho de obligaciones! (la mayor parte de las prestaciones de empresa padecen este destierro); ¡la ejecución forzosa es una consecuencia específica que funciona sobre la base de sus propios presupuestos! (es un instrumento procesal necesariamente instrumental de una pretensión sustantiva de responsabilidad o de cumplimiento).

Que se me llame por explicar las cosas así «hábil prestidigitador» (*Nota*, p. 1292), me parece injusto. La prestidigitación, el ilusionismo, la terminología engañosa que no explica el funcionamiento real, efectivo de la responsabilidad contractual están en la doctrina culpabilista, que dice que hay culpa donde hay incumplimiento —y, a veces, no hay culpa: prestación posible; otras sí la hay (imposibilidad sobrevenida imputable al deudor no cumplidor), pero entonces la culpa es factor determinante del incumplimiento (subsistencia de la obligación y subsistencia infringida: en defecto de exacto cumplimiento), que es fundamento en todo caso (tanto si la prestación del deudor no cumplidor es posible, como si no) de la responsabilidad contractual—; y que dice que hay *no-culpa*, donde no hay incumplimiento, por no haber obligación subsistente (este último resultado lo acepta, de forma incoherente —porque es inseparable del anterior—, Clavería, *Nota*, pp. 1292-1293).

Leyendo a Clavería, *Nota*, p. 1292: «pero omite [se refiere a mí] que el incumplimiento, en la mayoría de las hipótesis, comprende e implica culpa, además de imposibilidad sobrevenida», se saca la falsa impresión que para mí (ignoro si será cierto para él) el incumplimiento, el fundamento de la responsabilidad contractual es la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor no cumplidor. Nada más lejos de la realidad; para mí el incumplimiento, el fundamento de la responsabilidad contractual, es, como he dicho antes, cualquier contravención de una obligación subsistente, o sea, cualquier forma de infracción de la misma no justificada por caso fortuito (imposibilidad liberatoria); por ello, por estar dentro del límite del área de responsabilidad del deudor no cumplidor señalado por la imposibilidad liberatoria, la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor es *una forma* de incumplimiento (de infracción de una obligación subsistente), pero no es la *única forma* de incumplimiento [*Libro*, pp. 112, 225, 226, 227 y ss., 232, 239, 289. Explícitamente en contra, p. 230, *sub. 5*. En la p. 100, última línea, debe decir «directo», donde dice «indirecto»].

Por otra parte, es decididamente falso, en contra de lo que me imputa Clavería, que yo escamotear el relevantísimo papel de la culpa-diligencia en el sistema de la responsabilidad contractual del Código civil. La diligencia, aparte de ser criterio de cumplimiento en las obligaciones de medios o de actividad, es, como antes he repetido, para todas las obligaciones criterio general de imputación del hecho obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual. La culpa (como criterio general para determinar la imputabilidad al deudor no cumplidor de la concreta causa que le impide cumplir o hacerlo exactamente) es, en concreto, elemento negativo (ausencia de culpa) de la prueba liberatoria (arts. 1.105 y 1.182 y ss. del Cc.), por ello juega como criterio (general) *indirecto* o *mediato* de responsabilidad: en la medida que determina la subsistencia de la obligación, y su subsistencia infringida (en defecto de exacto cumplimiento) —es decir, en la medida en que determina el incumplimiento, que es siempre el fundamento directo de la responsabilidad contractual—, siempre que la imposibilidad sobrevenida obedece a culpa del deudor no cumplidor [*Libro*, pp. 21-22, 197 y ss., 230-231, 232-233, 291, 298, 367-368, 565, 584, 597].

Pero este mismo papel juega por idéntica razón, y esto no lo tiene en cuenta Clavería, el otro elemento de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual: la necesidad de que el cumplimiento o el cumplimiento exacto sean imposibles, determina que mientras sean posibles, la prueba liberatoria no se dará: subsiste la obligación y subsiste insatisficha, hay incumplimiento —aun sin culpa del deudor: por ejemplo, obligaciones genéricas— y, por tanto, responsabilidad contractual [*Libro*, pp. 104, 228, 232, 239, 293, 297]

Clavería, en suma, no parece percibirse que la constitución del caso fortuito o imposibilidad liberatoria en prueba liberatoria del deudor no cumplidor y límite de la responsabilidad contractual, con arreglo a la doctrina tradicional, es la que *inexorablemente* conduce a que sea el incumplimiento —cualquier contravención de la obligación subsistente, también, pero no sólo la imposibilidad sobrevenida imputable— el único y general fundamento de la responsabilidad contractual. En opinión de Clavería el automóvil de la responsabilidad contractual lo conduce un conductor cuya identidad se me ha escapado: la culpa del deudor; en mi opinión, Clavería ignora que el automóvil de la responsabilidad contractual lo conduce siempre (tanto cuando hay culpa del deudor, como cuando no la hay) el

incumplimiento del deudor, y que no puede ser de otro modo mientras la prueba liberatoria del deudor no cumplidor sea la del caso fortuito.

En ningún momento he ocultado, antes bien lo he anticipado desde el comienzo y lo he repetido en diversos lugares [*Libro*, pp. 20, 22, 82 y nota 139, 102, 117-118, 227, 241, y especialmente 296 y ss.], que los resultados de la crítica del primer objetivismo, no conducen sino a explicar más coherentemente (con mejor terminología, que apunta al funcionamiento efectivo del sistema de la responsabilidad contractual) los mismos resultados que aquella doctrina de la culpa (su práctica totalidad) que, por feliz incoherencia, hace del caso fortuito la prueba liberatoria del deudor no cumplidor (en vez de la prueba de la diligencia, la ausencia de culpa, como sería lo lógico, si se creyera verdaderamente que es la culpa el fundamento de la responsabilidad contractual).

B) Junto a ese primer objetivismo, que, repito una vez más, no es sino el resultado de desenvolver coherentemente todas las consecuencias que se derivan del hecho de convertir a la imposibilidad liberatoria en límite de la responsabilidad contractual, existe un segundo objetivismo, que es el resultado de utilizar, junto al general de la diligencia, otros criterios de imputación del evento obstante del cumplimiento o exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual; criterios alternativos a la diligencia reconducibles a la idea de riesgo, y que prescinden —a diferencia de la diligencia, que es, en cambio, también objetiva en el diverso sentido de ser norma o patrón de conducta— de la valoración o enjuiciamiento de la conducta del sujeto deudor no cumplidor. De estos criterios existen manifestaciones legales: LNA, responsabilidad de los hosteleros por custodia indirecta, responsabilidad del deudor por sus auxiliares, y también puede llegarse a ellos en la aplicación jurisprudencial (transporte, cajas de seguridad bancarias).

La incidencia de estos criterios objetivos (en el sentido ahora apuntado: de riesgo) hace que hoy no pueda considerarse el caso fortuito, del todo, como imposibilidad sobrevenida e inculpable del cumplimiento o del exacto cumplimiento (definición tradicional), sino como imposibilidad sobrevenida inimputable al deudor, expresión, esta última, en la que se comprende junto al general de la diligencia, cualquier otro criterio (legal o jurisprudencial) de imputación [*Libro*, pp. 41, 71, 203 y ss., 231, 298 y ss.].

Hablándose de objetivismo en estos dos sentidos (A y B), yo mismo he precisado, que nuestro sistema de la responsabilidad contractual es objetivista sólo en cierto sentido (en el primero): en el de que la responsabilidad contractual del deudor se afirma siempre que hay incumplimiento (aunque no haya culpa), y se excluye cuando no lo hay (por haber caso fortuito o imposibilidad liberatoria, —prueba liberatoria del deudor no cumplidor—, límite de la responsabilidad contractual); pero no lo es, con carácter general, en el segundo sentido, pues el criterio general de imputación de los eventos que obstaculizan el cumplimiento o el exacto cumplimiento en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual exige, desde luego, una valoración de la conducta del sujeto deudor no cumplidor. Afirmar esto, digo, no es más que el resultado de desenvolver todas las consecuencias derivantes de asumir —como hacemos casi todos y como hace el Código civil— la imposibilidad liberatoria (caso fortuito) como límite de la responsabilidad contractual. Este, repito, es el resultado del primer objetivismo.

Pero también he dicho que en nuestro sistema de la responsabilidad contractual existen ejemplos del segundo objetivismo, de casos en que la imputación

del evento impeditivo del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, se hace en términos de riesgo, en términos que prescinden de la valoración de la conducta del sujeto deudor no cumplidor. De este segundo objetivismo, de esta responsabilidad objetiva en sentido diverso del que estableció el primer objetivismo, existen casos singulares, con cierta tendencia a expanderse, en nuestro Derecho, que coexisten con el criterio general de la diligencia [Libro, pp. 41, 230-231, 240-241, 291].

Por todo lo dicho, cuando Clavería afirma que la explicación del sistema de la responsabilidad contractual en los términos del primer objetivismo, el resultante de la crítica de Osti, que yo asumo totalmente, no es del todo objetiva y que es una nueva exposición del mismo sistema tradicional de la culpa, tiene razón, y descubre, al mismo tiempo, un Mediterráneo que yo había dejado perfectamente señalizado, sin que, por otra parte, advierta (totalmente, por lo que antes se dijo) las ventajas de la explicación alternativa de esos mismos tradicionales resultados, ventajas que hacen, precisamente, que yo prefiera la explicación alternativa.

III. El punto, tal vez, donde la divergencia entre mis opiniones y la interpretación que de ellas hace Clavería es más escandalosa, es el concerniente a la naturaleza de la culpa-diligencia.

Para mí la diligencia, su criterio general del artículo 1.104 del Código civil, es siempre norma objetiva de conducta, y la culpa (negligencia) es siempre lo contrario: desajuste entre la conducta del concreto deudor y el modelo legal —o convencional— de diligencia [Libro, pp. 118 y ss.].

Esa misma culpa-diligencia cumple en nuestro sistema de la responsabilidad contractual dos funciones: a) determinar la exactitud del cumplimiento en las obligaciones de actividad o de medios, y, *a contrario*, su incumplimiento material (como hecho): la falta de exacto cumplimiento (culpa, negligencia), y b) ser, para todas las obligaciones, criterio general (en defecto de otro específico) de imputación al deudor no cumplidor de los eventos que le obstaculizan cumplir o hacerlo exactamente, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual [Libro, pp. 20-21, 118, 172 y ss., 197 y ss., 229-230, 232, 291, 298].

Es más, me he preocupado expresamente de demostrar que la culpa-diligencia que cumple estas dos funciones, es siempre la misma culpa-diligencia del artículo 1.104 del Código civil; la diligencia tiene siempre la misma naturaleza de norma o canon objetivo de conducta, con el que ha de compararse el comportamiento o conducta del deudor (la culpa, la negligencia es, igualmente, siempre objetiva: disformidad entre el patrón de diligencia exigible y el concreto comportamiento del deudor que ha de prestarla): del deudor que ha de realizar una prestación de actividad diligente para cumplir y, en todo caso (para cualquier deudor), del que está obligado a impedir diligentemente cualquier evento que obstaculice el cumplimiento o exacto cumplimiento [Libro, pp. 233 y ss. y 468].

Contrariamente a todo lo cual, Clavería afirma que para mí: a) culpa y diligencia no son recíprocamente opuestos (*Nota*, p. 1.294), y b) la culpa-diligencia que yo manejo como criterio de imputación del evento sobrevenido obstáculo del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, sería una culpa subjetiva, en el sentido de *intencional* (*Nota*, pp. 1289 y 1293):

- a) Respecto a lo primero, vid. *Libro* (hablando de la diligencia en general).

previamente al análisis de sus funciones), página 119: «culpa es precisamente lo contrario a diligencia», y página 123: «en la determinación del contenido de la culpa (que es lo mismo que determinar negativamente el contenido de la diligencia)». Vid., también, página 200 (hablando de la diligencia criterio de imputación en el seno de la prueba liberatoria): «la diligencia (de la que es correlato la culpa)».

Empleo siempre culpa-diligencia como contrarios; por ejemplo (sin exhaustividad): *Libro*, páginas 20-21 (hablando de su doble función); 118 (antes de pasar a estudiar sus funciones); 125 (en general); 178 y 180 (en la determinación de la exactitud del cumplimiento de las obligaciones de medios); 197 y 199 (hablando de la función de la culpa-diligencia como criterio general de imputación, como una función más, aparte de la de criterio de cumplimiento en las obligaciones de actividad); 228 y 230 (como criterio general de imputación); 232 (en sus dos funciones); 298 (en su doble función); 461-462 (obligaciones de medios).

b) Respecto de lo segundo, no sólo sostengo, como parece indicar Clavería, el carácter objetivo de la culpa-diligencia criterio determinante del exacto cumplimiento o inexacto cumplimiento en las obligaciones de hacer de actividad [*Libro*, pp. 172, 268-269, 288, 460-461], sino que, en contra de lo que dice Clavería, lo hago en todo caso (en las dos funciones de la culpa-diligencia: *también* cuando funciona como criterio general de imputación del evento sobrevenido obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria), y rechazo explícitamente la existencia en nuestro Derecho de una culpa subjetiva-intencional.

1. Así, hablando de la culpa-diligencia en general, previamente al análisis de sus dos funciones: *Libro*, página 42: «la culpa relevante no es una culpa-intención, sino una culpa-modelo de conducta que se conecta al patrón tradicional del buen padre de familia (art. 1.104 del Cc.), modelo éste que prescinde —por su carácter de patrón de conducta objetivo— de las aptitudes concretas del sujeto y de su buena o mala voluntad de cumplir»; páginas 118-119: «una primera matización se impone, con la idea de culpa-diligencia no se hace alusión a una situación subjetiva, propia de valoraciones morales y tradicional en el campo del ilícito. La culpa en el lenguaje de los civilistas asume un significado objetivo de violación de una norma de conducta, de no realización de la conducta debida. Culpa es precisamente lo contrario a diligencia, que se presenta, a su vez, como un modo de actuar, algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto... como la doctrina unánimemente pone de manifiesto se trata [el buen padre de familia] de un modelo [de conducta] objetivo o abstracto. Es decir, el complejo de cuidados y cautelas, el comportamiento debido por el deudor no se determina con arreglo a sus aptitudes personales..., sino con arreglo a un modelo externo a la persona del deudor»; página 120: «este carácter objetivo de la diligencia» (determinación del comportamiento debido al margen de las aptitudes subjetivas del deudor); página 125: «de forma que la impericia no es sino una forma de la culpa, que, a su vez, consiste siempre en la violación (objetiva) de una norma de conducta»; página 168, nota 157: «a no ser sobre la base de una concepción subjetiva de la culpa, que choca con el artículo 1.176 del Código civil italiano (y con el art. 1.104 del Cc. español)».

2. Hablando específicamente de la culpa-diligencia en su función de criterio de imputación del evento sobrevenido impeditivo del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual: *Libro*, página 200: «la diligencia es una norma de conducta que en el

ámbito de la exoneración-responsabilidad, es decir, en el ámbito general, extensible a toda clase de obligaciones, se considera en relación al comportamiento del deudor respecto al impedimento que le ha imposibilitado la (total o exacta) realización del cumplimiento... la función, en este ámbito, de criterio de imputación le corresponde a la diligencia del buen padre de familia como modelo general de conducta del deudor en orden al cumplimiento»; página 211: «en la medida que la noción de culpa-negligencia que aquí se maneja no es una elaboración psicológica, sino objetiva: se trata de la violación o no de un modelo de conducta riguroso, que, además, es capaz de asumir contenidos técnicos ajustados a la naturaleza de la actividad debitoria de que se trate»; página 216: «entendiendo por tal [causa no imputable al deudor] (siempre en el plano restringido de la causación de la imposibilidad), la no referibilidad (normalmente culpable, pero de una culpa-diligencia objetiva y capaz de asumir contenidos técnicos, eventualmente con otros criterios legales o jurisprudenciales) al deudor del impedimento sobrevenido de cumplir»; página 218: «en la valoración de la inevitabilidad del evento impeditivo (y, por tanto, del fortuito) se tiene en cuenta la conducta del deudor, conducta que viene normalmente medida (arts. 1.104 y 1.182 del Cc.) con un patrón de conducta diligente (el buen padre de familia), riguroso y capaz de asumir contenidos diversos acordes con la naturaleza de la prestación».

3. Finalmente, refiriéndome a ambas funciones de la culpa-diligencia, simultáneamente: *Libro*, páginas 229-230: «el criterio de la diligencia (art. 1.104 del Cc., criterio objetivo, norma de conducta)»; páginas 232 y 234: «la diligencia, sea como medida del cumplimiento en las obligaciones de medios, sea como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida para toda clase de obligaciones, es siempre la del artículo 1.104 del Código civil, entendida como norma objetiva de conducta»; página 235: [el art. 1.104 del Cc.] «que se aplica, sí, en dos ámbitos: cumplimiento (sólo para las obligaciones de medios) e imputación de la imposibilidad sobrevenida (para todas las obligaciones), pero siempre con arreglo a su única naturaleza de criterio objetivo de conducta, capaz de asumir contenidos técnicos»; página 236: «la culpa relevante en uno y otro ámbito, es pues, siempre una noción objetiva, una infracción de un modelo de conducta»; páginas 291, 298 y 468 [las dos funciones aludidas se cumplen por la misma diligencia (objetiva) del art. 1.104 del Cc.]; página 598 (la misma diligencia cumple las dos funciones).

IV. Igualmente me parece desastroso el entendimiento que hace Clavería de mi exposición del régimen de la responsabilidad contractual en las obligaciones de actividad o de medios (especialmente, *Nota*, p. 1293).

Como puede verse en el *Libro* [pp. 169, 172 y ss., 229-230, 232, 266 y ss., 291, 298, 456 y ss] y, fuera de él, en mi trabajo publicado en la *RGLJ*, 1985, páginas 29 y siguientes, y allí, páginas 64 y siguientes, lo que yo pretendo decir es bastante simple, después de todo. Sintetizado al máximo, es lo siguiente:

Las obligaciones de actividad o de medios, como cualesquiera otras, pueden infringirse de variadas formas por el deudor: no realizando la prestación debida en absoluto, realizándola inexactamente o atrasadamente.

Estas diversas posibilidades de contravención son el incumplimiento material: el incumplimiento como hecho, la falta de total o exacto cumplimiento, que constituye el contenido de la carga probatoria del acreedor que demanda la responsa-

bilidad, y que hace posible el juicio de responsabilidad sobre el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor (art. 1.101 del Cc.).

Pues bien, en este primer plano del incumplimiento material está la especialidad de las obligaciones de medios, por lo que se refiere a la inexactitud del cumplimiento y sólo a esta forma de contravención de la obligación. Puesto que la prestación del deudor (el contenido de lo debido por él) en esta clase de obligaciones es una determinada actividad diligente, el cumplimiento inexacto vendrá dado por la diformidad de la conducta desplegada por el deudor respecto del modelo de diligencia debido (técnico o común): en principio, el general del artículo 1.104 del Código civil. O sea, cumplimiento inexacto en estas obligaciones es lo mismo que culpa o negligencia.

Que el acreedor de una obligación de medios que demanda la responsabilidad de su deudor por inexactitud del cumplimiento de éste, haya de probar la culpa o negligencia del deudor, no es, pues, más que una aplicación de los principios generales: al acreedor incumbe la prueba del incumplimiento en su materialidad: de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento; del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que demandase la responsabilidad del deudor por otra clase de contravención habría de probarla: prueba, por ejemplo, del retraso o de la falta total de su realización.

Son, pues, los mismos principios generales, válidos para cualquier obligación y cualquier forma de su contravención, los que reciben aplicación al caso de realización inexacta de una prestación de medios: la necesidad de probar la culpa del deudor no exactamente cumplidor nace, simplemente, del específico contenido (una actividad diligente) de esta clase de obligaciones; en cambio, cuando la obligación tenga por objeto la realización de un determinado resultado, la aplicación de esos mismos principios conlleva la necesidad de que el acreedor dé la prueba de la defectuosidad o falta del resultado debido. O sea, es el diverso contenido de la prestación el que da a la prueba del acreedor —a la infracción del deudor— un diverso contenido, en la aplicación de los mismos principios generales.

Pero la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, el incumplimiento material o fáctico, simplemente abre la cuestión de la responsabilidad; probado que sea aquél por el acreedor, queda por saber si la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento está o no justificada, para que el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor responda. A éste, por tanto, como a cualquier otro deudor no cumplidor, le cabe dar la específica contraprueba liberatoria: la de la imposibilidad, a él no imputable, de la realización del cumplimiento o del exacto cumplimiento. Del mismo modo que si, en las obligaciones de medios, la falta total de la prestación del deudor o su retraso, si están determinados por caso fortuito, no dan lugar a responsabilidad del deudor no cumplidor; del mismo modo que si, en las obligaciones de resultado, cuando la falta de éste o su inexactitud están determinadas por caso fortuito el deudor no cumplidor no responde; también, en las obligaciones de medios, cuando no se ha prestado la diligencia debida por una imposibilidad de prestarla que no sea imputable al deudor —por caso fortuito— (y el criterio de esta imputación es, también aquí, en principio el general: la misma diligencia del artículo 1.104 del Código civil: norma objetiva de conducta, capaz de asumir contenidos técnicos; la culpa intencional-subjetiva que me «encaja» Clavería es por completo ajena a mi pensamiento), el deudor no cumplidor tampoco responde.

La misma diligencia cumple sus dos funciones *simultáneamente* en las obliga-

ciones de medios: primero se ve si hay o no exacto cumplimiento; si no lo hay —si no se prestó la diligencia debida—, hay que ver si esa falta de exacto cumplimiento está determinada o no por un evento que lo imposibilitó por una concreta causa que el deudor no-cumplidor no pudiese diligentemente evitar.

O sea:

1. Las obligaciones de medios no entrañan (ni para el incumplimiento inexacto, ni para ninguna otra forma de incumplimiento) alteración de las reglas de la carga de la prueba: al acreedor incumbe probar en todo caso la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, y al deudor no cumplidor que están determinadas por caso fortuito (prueba liberatoria).

Que al deudor, también cuando se trata de obligaciones de medios y de su cumplimiento inexacto, quepa dar la contraprueba liberatoria —cosa que admite la doctrina francesa mayoritaria, que habla para este supuesto de «inversión de la carga de la prueba»— desmiente que exista una *verdadera* inversión probatoria. [Como explico en el *Libro*, pp. 266 y ss., y en *RGLJ, cit.*, pp. 64 y ss., la pretendida inversión probatoria es el resultado de una incorrecta interpretación del art. 1.315 del Cc.fr. (y 1.214 del Cc.), sobre cuya base —el cumplimiento de la obligación sería un tema de prueba invariablemente del deudor (también frente a la pretensión de responsabilidad del acreedor, y no sólo frente a la de cumplimiento)— se dice que el acreedor no ha de probar el incumplimiento material (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento) de su deudor; esta norma (de ahí la «inversión») *no* se aplicaría a las obligaciones de medios (*¡singular recorte!*!), sino sólo a las obligaciones de resultado. Para mí, como digo, la norma de carga probatoria general, de la que los artículos 1.214 del Cc. y 1.315 del Cc.fr. hacen aplicación para la pretensión de cumplimiento del acreedor —al actor corresponde la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, y al demandado la de los extintivos—, es la que se aplica, para todas las obligaciones y para toda clase de contravención de las mismas, y conduce a la necesidad de que el acreedor que pretenda la responsabilidad —que es pretensión *distinta* de la de cumplimiento— corra con la carga probatoria de la falta o inexactitud del cumplimiento de su deudor].

2. El límite de la responsabilidad contractual (la prueba liberatoria del deudor no cumplidor) y su fundamento son los mismos para toda suerte de obligaciones y para cualquier forma de contravenirlas —también para las obligaciones de medios y su no exacta realización—: la imposibilidad liberatoria (el caso fortuito) y el incumplimiento (una obligación que subsiste infringida), respectivamente.

V. Para Clavería, en cambio (*Nota*, pp. 1294-1295), la culpa sí es un elemento subjetivo-intencional, reconociendo él mismo no fundamentar suficientemente esta opinión (*Nota*, p. 1295).

No parece resultarle obstáculo para ello, el que la diligencia lleve muchos siglos siendo objetiva: modelo de conducta del deudor; y que el artículo 1.104 del Código civil, que recoge esta ininterrumpida tradición histórica, haga, por ello, de la culpa la violación por el deudor del modelo de conducta diligente acogido. Se trata siempre, cualquiera que sea la función de la diligencia, de enjuiciar el comportamiento del deudor, para ver si se ajusta o no a lo debido (el deudor de una prestación de medios debe una actividad diligente; todo deudor está obligado a preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento debido).

Tampoco parece llamar la atención de Clavería el que los más conspicuos

autores culpabilistas (Giorgianni, Bianca, Natoli) manejen una culpa-diligencia objetiva. Esta misma culpa-diligencia, es la que yo, sin modificación alguna, acojo para sus dos funciones, con la doctrina española (hasta el momento de la publicación del *Libro*, unánime) y (pienso, modestamente) con el Código civil (art. 1.104 del Cc.).

Un ejemplo doctrinal, aparte de los que recojo en el *Libro* [pp. 118 y ss.] y entre otros muchos posibles: Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, II, Madrid, 1983, 4.^a ed., pp. 630-631 (a propósito de la responsabilidad extracontractual [el patrón de diligencia del art. 1.104 del Cc, es el mismo para la responsabilidad contractual que para la responsabilidad extracontractual culposa: *Libro*, p. 281, nota y *RGLJ*, cit., p. 35, nota 9]): «la aplicación del artículo 1.104 al campo de la responsabilidad extracontractual origina que la conducta del agente ha de ser confrontada con una figura tipo o patrón. En efecto, el párrafo segundo de dicho precepto dice que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un *buen padre de familia*». Este es el tipo, la figura del buen padre de familia. Ha de medirse, en otras palabras, la diligencia que ha de desplegarse por la que utilizaría el hombre normal o medio, y de ahí que la culpa del artículo 1.902 sea una culpa *in abstracto* u objetiva».

No creo, sinceramente, que estando así las cosas, exista género literario que dispense de fundamentar, siquiera brevemente, la consideración de la culpa como intencional, en vez de como violación de una norma de conducta diligente.

Para determinar el alcance efectivo de la opinión de Clavería en el sentido de fundamentar la responsabilidad contractual en una culpa subjetiva-intencional del deudor, habría que distinguir [vid. *Libro*, pp. 20-21, 160 y ss., 214-215, 227 y ss., 284 y ss., 294 y ss.]:

1. Si este autor sostiene (cosa que no precisa, pero tampoco desmiente) que el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor ha de probar, para exonerarse de responsabilidad contractual, el caso fortuito con sus tradicionales requisitos; entonces su posición es contradictoria y desemboca, además, en un equívoco terminológico: si la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual, el deudor no cumplidor debería exonerarse probando su ausencia de culpa; la imposibilidad de la prestación, del cumplimiento o del exacto cumplimiento, como elemento de la (tradicional) prueba liberatoria (caso fortuito) es contradictoria con el fundamento asumido de la responsabilidad contractual: entonces la responsabilidad del deudor no cumplidor mientras la prestación sea posible (que en realidad es una consecuencia de la subsistencia del vínculo obligatorio, y subsistencia insatisfecha) sólo puede afirmarse sobre la base de una ficción de culpa. Y así, por detrás de la confusa y arbitraria terminología, Clavería llegará a las mismas conclusiones que yo.

2. Si, por el contrario, este autor afirma, coherentemente con sus premisas, que la prueba liberatoria es la prueba de la ausencia de culpa (falta de intencionalidad que, lógicamente, habría que deducir del comportamiento del sujeto deudor: *Nota*, p. 1.294), entonces, las normas de la imposibilidad sobrevenida quedarían absorbidas-anuladas por las de la diligencia, y se constituiría subrepentinamente una nueva causa de extinción de las obligaciones que no figura en el sistema como tal (ni en los programas de la asignatura): la ausencia de culpa.

VI. Creo que Clavería no se percata suficientemente de que la manera como se configure la responsabilidad contractual afecta inevitablemente al concepto de obligación que se sostenga, y viceversa [Libro, pp. 21 y 39].

La idea de obligación que explicamos a nuestros alumnos se apoya en la indisociabilidad del deber del deudor y de su responsabilidad (por esto, el deber de prestar es jurídico: coercible); con esta idea de obligación, el deudor debe la prestación mientras sea posible realizarla, es coherente sólo la responsabilidad contractual que se apoya en el *incumplimiento*: en la subsistencia de una obligación infringida, resultado al que, por otra parte, conduce la necesidad de que el deudor no cumplidor haya de dar como su prueba liberatoria, la del caso fortuito: la imposibilidad liberatoria, que aúna el efecto exoneratorio y el extintivo o suspensivo de la obligación. La responsabilidad del deudor no cumplidor se asocia así a la infracción de una obligación subsistente, su irresponsabilidad con la no subsistencia de la obligación que, no en vano, es el fundamento último de la responsabilidad contractual.

La responsabilidad contractual (*verdaderamente*) fundada en la culpa-intención del deudor no cumplidor aboca a un concepto primitivo de obligación, que va indisolublemente unido al carácter delictual de la responsabilidad del deudor.

Entonces la responsabilidad del deudor no cumplidor no es una consecuencia inherente a la existencia (y subsistencia) del vínculo obligatorio, sino que es el resultado autónomo de un ilícito; junto al *pacto* con el que se concierta la prestación del deudor, se celebra separadamente el *convenio de responsabilidad*: una fórmula sacramental (initialmente, cabe suponer, un juramento religioso) cuyo quebrantamiento (y no la falta o inexactitud del cumplimiento, de la prestación pactada) desencadena la responsabilidad del deudor. La fuente de la responsabilidad del deudor no cumplidor está, pues, en el ilícito (es delito, initialmente en sentido estricto: penal, el quebrantamiento de la fórmula sacramental, del juramento), y no en su incumplimiento: no hay, propiamente, un deber jurídico de realizar la prestación convenida, sino la amenaza de una responsabilidad penal que resulta del separado convenio de responsabilidad (del juramento, de la fórmula sacramental) y no del pacto.

A la vista de esto, cómo pretender resucitar ese cadáver jurídico: esa responsabilidad delictual del deudor no cumplidor que funciona separadamente de la obligación (del deber) del deudor de prestar. Es la vuelta al taparrabos jurídico de la responsabilidad contractual. Conociendo a Clavería, uno no puede menos que preguntarse, parafraseando a los Burning, qué hace un civilista como tú en un sitio como éste.

Siendo coherentes con la concepción delictual, en clave de ilícito, de la responsabilidad contractual, el siguiente paso es fijar las condiciones de imputabilidad subjetiva (en términos penalísticos) del deudor responsable. Por el momento, nadie se ha atrevido. Se comprende: las necesidades del tráfico no están para bromas.

No me resisto a reproducir, a este propósito, el siguiente texto de Marton («*Obligations de résultat et obligations de moyens*» en *RTDC*, 1935, pp. 499 y ss., y allí, p. 513, nota), otro autor que, además de los que cito en el Libro, intuyó claramente la indisociabilidad entre responsabilidad contractual y la propia idea de obligación:

«Qu'il me soit permis d'illustrer ce que je viens de dire par un épisode insignifiant de ma vie, qui a pourtant exercé sur moi une profonde impression, et dont

le récit, ne sera peut-être pas inutile pour notre sujet. Pendant un séjour dans une petite ville de campagne, je suis allé prendre mon déjeuner dans le seul hôtel-restaurant. Ce fut l'hiver. La grande salle à manger très peu chauffée: l'enorme poêle en fer étant muet et froid. Avec les autres hôtes rassemblés peu à peu nous étions assis revêtus de nos manteaux autour des tables. Soudain le patron apparaît. Il voit ses hôtes emmantelés et, d'une voix rabaissée, mais sévère, il interpelle le garçon: «De nouveau, il fait froid dans la salle!». —Celui-ci s'excuse: «Mon patron, j'ai déjà par trois fois demandé au domestique de venir allumer le feu, mais il ne vient pas». —A quoi le patron l'interrompt impatiemment: «Ne le lui dites pas une seule fois, mais il faut absolument qu'il fasse chaud ici!». —Ces paroles, épées par hasard, ont éveillé dans mon cerveau, où tourbillonnaient déjà à cette époque les idées que je suis en train d'exposer sur la nature de la responsabilité, une lumière soudaine, semblable à l'éclair de la foudre. Voilà avec quelle précision frappante cet aubergiste de campagne a exposé l'essence de notre problème! Il paye un garçon afin que celui-ci veille sur l'ordre de son entreprise. Comment celui-ci le fait-il, cela n'intéresse pas le patron, Il lui importe seulement que les affaires marchent en bon ordre. Il a besoin non pas d'«efforts» mais d'une salle bien chauffée. Cela, il l'exige rigoureusement, et il ne se contente pas de l'excuse selon laquelle le garçon aurait déjà fait un triple effort en vue du résultat, mais sans avoir réussi. Si le résultat eût été atteint, il ne s'aviserait pas des efforts.—C'est cette idée vigoureuse qui est condamnée à mourir, par la pesée minutieuse des degrés de la diligence-modele, dans le système de la faute!».

En efecto, la idea de la obligación como un simple grado de esfuerzo diligente del deudor —mientras el cumplimiento o exacto cumplimiento sean posibles, la cuestión de la diligencia del deudor no cumplidor no entra en consideración—, o, peor aún, como un compromiso de buenas intenciones, que resultaría de convertir a la culpa (objetiva o subjetiva) en *verdadero* fundamento de la responsabilidad contractual, es por completo extraña al Derecho, y esto es otro serio indicio de que la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual no rebasa nunca en las formulaciones de los juristas el nivel del mero equívoco terminológico.

Para mí, como he sostenido en el *Libro* [pp. 238-239] el único residuo en el Derecho vigente de la concepción delictual, en términos de ilícito, de la responsabilidad contractual, es la responsabilidad por dolo, cuyo fundamento (el de la agravación que es su consecuencia) es ciertamente subjetivo (intención, voluntad o conciencia del deudor incumplidor doloso), aunque, naturalmente, ello pueda sólo establecerse sobre una base indiciaria: el propio comportamiento del sujeto deudor [*Libro*, p. 257, nota 26].

En cambio, para mí, la culpa es siempre objetiva —violación de una norma de conducta diligente, que prescinde de la intención o psique del sujeto deudor— y no es nunca fundamento *directo* de la responsabilidad contractual:

a) Ni en las obligaciones de medios: donde la falta de la diligencia debida puede estar determinada por imposibilidad liberatoria (la culpa-infracción de la obligación: falta de exacto cumplimiento, no determina necesariamente la responsabilidad, sino sólo cuando a la infracción de la obligación se une su subsistencia: cuando haya incumplimiento).

b) Ni en todas las obligaciones (incluidas las de medios): donde lo que determina la responsabilidad contractual es el incumplimiento, la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, subsistiendo la obligación; pero como el límite de la

responsabilidad contractual y prueba liberatoria es el caso fortuito (la imposibilidad liberatoria) y uno de sus elementos (en el ámbito de aplicación del criterio de imputación general: cuando no existen otros específicos objetivos de riesgo) la ausencia de culpa respecto del origen del evento obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, resulta que la culpa es fundamento *indirecto* o *mediato* de la responsabilidad contractual en todos aquellos casos en que la imposibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento es imputable a negligencia del deudor; fundamento indirecto, en la medida que, subsistiendo entonces la obligación, y haciéndolo insatisfecha, determina el incumplimiento: la infracción de una obligación subsistente (por no concurrir el hecho exoneratorio-extintivo con todos sus requisitos), incumplimiento que es siempre el fundamento de la responsabilidad contractual (también cuando la prestación es posible).

Por entender yo, y por entender la práctica totalidad de los autores la culpabilidad en sentido objetivo, es por lo que digo, *Libro*, página 71: «ni subjetivismo significa (para la gran mayoría de sus seguidores) que el grado de esfuerzo del deudor para cumplir se mida en sus propias posibilidades. El criterio de responsabilidad subjetivista (la diligencia) es objetivo (extraño al singular deudor) y riguroso, y ello porque tampoco los subjetivistas pueden desconocer la exigencia fundamental de la tutela del crédito. Polémica, pues, que se establece entre un objetivismo subjetivado [vid. texto citado, *supra*: el primer objetivismo no prescinde de la valoración del comportamiento del sujeto deudor no cumplidor] y un subjetivismo objetivado»; y página 240: «el conflicto entre tesis subjetivas de la culpa (que en cierto sentido son objetivas, pues la diligencia es norma objetiva de conducta)».

Cuando hablo reiteradamente de dos elementos de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual: objetivo (imposibilidad sobrevenida de la prestación) y subjetivo (no imputabilidad al deudor de la causa que origina la imposibilidad), con esta segunda calificación quiero indicar que es este elemento de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, cuando se aplica el criterio general de imputación (la diligencia como norma objetiva de conducta), el que exige una valoración del comportamiento o conducta del sujeto deudor no cumplidor (no existe esa valoración, en cambio, cuando estemos en el ámbito de aplicación de criterios de imputación objetivos, en otro sentido: en términos de riesgo).

VII.1. Cuando Clavería habla (*Nota*, p. 1284) de «la utilización jurídico-material [por mí] del factor procesal de la carga de la prueba», parece pensar que existe completa descoordinación entre carga de la prueba y normas civiles sustantivas.

En cambio [*Libro*, pp. 243 y ss.; *RGLJ*, cit., pp. 61 y ss.], como enseñan los más autorizados procesalistas, la norma (procesal) general de la carga de la prueba (al actor incumbe la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, al demandado la de los hechos obstativos de la misma —y constitutivos de su pretensión defensiva—), es una norma *neutra*, que recibe contenido concreto para cada determinada pretensión de la ley sustantiva, que es la que califica para cada pretensión cuál es su hecho constitutivo y cuál su hecho extintivo: sobre esa calificación previa de la ley sustantiva, calificación en la que la norma procesal no interfiere, antes bien, remite a la ley sustantiva, opera la indicada regla procesal general de la carga de la prueba. Por tanto, saber cómo se reparte entre actor y demandado la carga de la prueba respecto de cada preten-

sión, sólo puede hacerse sobre la base de la previa calificación de los hechos (como constitutivos o extintivos) por la ley sustantiva, calificación que la aplicación de la norma procesal presupone hecha por la ley sustantiva, a la que implícitamente y necesariamente se remite.

Por ello, si no se opera arbitrariamente, las afirmaciones hechas sobre lo que es, según la ley civil, hecho constitutivo o extintivo de una determinada pretensión, han de reflejarse en el reparto de su carga probatoria; y viceversa, las afirmaciones de carga probatoria implican necesariamente —salvo cuando excepcionalmente exista inversión legal o convencional— y en forma implícita, una determinada regulación sustantiva (una calificación de los hechos como constitutivos o extintivos de la pretensión de que se trate).

2. En coherencia con lo anterior, a la hora de establecer en materia de responsabilidad contractual el reparto de la carga de la prueba entre el acreedor que pretende la responsabilidad y el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, yo parto de la base:

a) De la mencionada norma general procesal de la carga de la prueba, que nuestro Derecho, como el francés (su modelo), no formula explícitamente, cosa que sí hace el italiano; pero de la que hace aplicación para una pretensión determinada: la de cumplimiento (art. 1.214 del Cc.). [Cualquier persona que conozca el estado de la ciencia del Derecho procesal en el momento de las primeras codificaciones, comprenderá fácilmente la diferencia que va de ese momento al de la codificación italiana de 1942].

b) De las normas generales de la responsabilidad contractual, que hacen del *hecho* (materialidad) del incumplimiento: la infracción de la obligación (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad del acreedor (art. 1.101 del Cc.); y de la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito con sus tradicionales requisitos, su hecho obstativo (y constitutivo de la pretensión exoneratoria-extintiva del deudor no cumplidor): artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil.

Sobre esta doble base (*a* y *b*), obtengo un reparto legal de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual que vale para cualquier obligación y para cualquier forma o modo de contravención de la misma.

3. Clavería me discute las conclusiones que establezco respecto de la carga probatoria del acreedor, diciendo que una construcción «más razonable y casuística» conduce, al considerar el cumplimiento como un tema de prueba fijo del deudor, a que el acreedor no tenga que probar normalmente la infracción de la obligación (el defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento), aunque sí en ciertos casos, que serían «excepciones». [Clavería reconoce —¡menos mal!— que yo no me apoyo en estas supuestas excepciones para elaborar mi planteamiento general: *Nota*, p. 1296].

Yo a ello respondo:

a) Que la opinión que hace del cumplimiento un tema de prueba fijo del deudor, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código civil, se basa en un equívoco: este artículo no contiene (basta leerlo para verlo) la norma general procesal de la carga de la prueba, sino su aplicación a la pretensión de cumplimiento; lo que hay que aplicar a la pretensión de responsabilidad no es, pues, lo concretamente dispuesto por el artículo 1.214 para la pretensión de cumplimiento, sino la norma general, en él implícita, a una pretensión diferente (que tiene su propio contenido: el resarcimiento y que se funda no en una obliga-

ción, sino en una obligación infringida) [Libro, pp. 243 y ss., 249 y ss., 266 y ss.; RGLJ, cit., pp. 61 y ss.].

En este mismo sentido, vid., por ejemplo, Lacruz/Rivero: *Elementos*, I, 2, Barcelona, 1983, p. 152: «no se olvide que en nuestro ordenamiento corresponde al actor probar cumplidamente los hechos constitutivos de su pretensión: artículo 1.214» (hablando nada menos que del art. 190 del Cc.).

b) Que el reparto de la carga de la prueba, *para cualquier pretensión*, no depende de consideraciones de razonabilidad o casuismo en orden a la facilidad de la prueba, sino única y exclusivamente de cómo se califiquen, respecto de cada pretensión, los hechos a probar (como constitutivos o extintivos) por la ley sustantiva. Aquellas consideraciones, por tanto, sólo jugarán, en su caso, en la *ratio legis* de la ley sustantiva a la hora de verificar la susodicha calificación [Libro, pp. 245 y ss., 255-256, 287; RGLJ, cit., pp. 61 y ss., 74-75, 98 y nota 102, 100-101].

De lo que se sigue, inexorablemente, que para una misma pretensión (al ser la calificación de los hechos, en su respecto, hecha por la ley sustantiva, la misma) la carga probatoria —salvo inversión excepcional, legal o convencional— es siempre la misma.

En efecto, jamás he visto u oído a nadie que diga que la carga probatoria del pago del deudor (frente a la pretensión de cumplimiento del acreedor) se altere según sea el tipo de obligación cuyo cumplimiento se demande [¿dónde están aquí las consideraciones de razonabilidad o casuismo?: la prueba del cumplimiento no es siempre igualmente fácil para el deudor al que se le reclama], o que a aquel que pretenda la invalidez de un contrato corresponda o no la carga de la prueba del hecho alegado que motiva la invalidez, según cuál sea el vicio de que se trate.

En cambio (*hélas!*), cuando se trata de la responsabilidad contractual es frecuente invocar criterios de razonabilidad y casuismo. No encuentro razón alguna para no aplicar a la pretensión de responsabilidad del acreedor los mismos principios generales que a cualquier otra pretensión.

Cuando para afirmar la responsabilidad contractual se dispensa al acreedor de la prueba de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento —el incumplimiento fáctico, material «se presume», dado que la prueba del cumplimiento siempre corresponde al deudor—, y, además, el supuesto fundamento de la responsabilidad contractual (la culpa) también se presume sobre la base del incumplimiento presunto, el planteamiento se hace tan fantasioso (¡tantas presunciones!), que es la mejor prueba, él mismo, de su completa artificiosidad.

VIII. 1. Escribe Clavería (*Nota*, 1.291), a propósito de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación, que yo afirmo «que tal responsabilidad se mantiene aun sin culpa del auxiliar, en coherencia con el objetivismo preconizado».

Lo que yo digo, en verdad [Libro, pp. 584-585], es que el deudor responde por su auxiliar en las mismas condiciones que respondería si actuase él personalmente. Lo que significa que responde de cualquier infracción de la obligación que no esté justificada por caso fortuito: por un hecho obstativo del cumplimiento o del exacto cumplimiento que no sea imputable al auxiliar. Es decir, responde mientras exista una obligación subsistente e infringida: incumplida. Lo cual, a su vez, significa:

- a) Que el deudor responde en todo caso (sin culpa suya o del auxiliar) mientras el cumplimiento o el exacto cumplimiento sea posible.
- b) Que el deudor inculpable responde si el cumplimiento o exacto cumplimiento es imposibilitado por un evento imputable a culpa del auxiliar.
- c) Que también responde el deudor inculpable si el cumplimiento o exacto cumplimiento es imposibilitado por un evento que no es imputable a culpa del auxiliar, pero que está en la esfera de riesgo del deudor, cuando estemos en el ámbito de aplicación, no del criterio general de imputación (la diligencia), sino de uno específico objetivo, en el sentido de que prescinde de la valoración del comportamiento del deudor no cumplidor: imputación en términos de riesgo; entonces, la imputación de los eventos impedidores del cumplimiento o del exacto cumplimiento se hace, respecto del auxiliar, también en los mismos términos que se haría respecto del deudor si actuase personalmente. Así se explica, como digo en la página 585, nota 299, la responsabilidad del deudor por el auxiliar de su auxiliar.

Todo lo cual, naturalmente, deja a salvo la propia responsabilidad personal del deudor, cuando el evento que obstaculiza el cumplimiento o exacto cumplimiento no sea imputable a culpa del auxiliar, pero sí a culpa del principal [*Libro*, pp. 566, 567, 568, 574-575].

2. Respecto de la identificación entre caso fortuito y fuerza mayor, que Clavería rechaza (*Nota*, p. 1297), a mí me parece claro, en cambio, que nos hallamos ante uno de los más palpables ejemplos de contraposición o clasificación debidos al escolasticismo más estéril.

Cualquier estudio histórico serio (yo cito a uno de los más serios: el de Maffei, *Libro*, pp. 216-217) demuestra la equivalencia histórica de tales expresiones, junto con otras, y cómo en el origen de su distinción únicamente existen criterios perfectamente arbitrarios (como lo son los que hoy, tímidamente, se manejan).

En efecto, caso fortuito y fuerza mayor han sido históricamente y son hoy, para toda la doctrina que los constituye en prueba liberatoria del deudor no cumplidor, lo mismo: la imposibilidad liberatoria, la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o del exacto cumplimiento por causa no imputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

Y no se ve cómo pueden distinguirse: a) La imposibilidad de la prestación es lo mismo siempre: su adaptabilidad a cada concreta prestación depende de su propio carácter objetivo (no de la calificación como caso fortuito o fuerza mayor); b) la no imputabilidad de la causa que origina la imposibilidad se establece, como regla general, en términos de diligencia (arts. 1.104, 1.182-1.183, 1.105 del Cc.), y ésta se adapta a la naturaleza de la prestación debida -así, puede ser técnica— y a las circunstancias del caso (art. 1.104 del Cc.), pero ello *no* depende de la calificación como caso fortuito o fuerza mayor, sino de la propia naturaleza de la diligencia como norma de conducta del deudor. La no imputabilidad puede establecerse también en términos objetivos (de riesgo): que prescinden de la conducta del sujeto deudor no cumplidor, pero ello depende de que la ley así lo establezca (con independencia de la calificación como caso fortuito o fuerza mayor); así, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.784 del Código civil, puede sostenerse que en él se consagra un criterio de imputación objetivo (en términos de riesgo) [*Libro*, pp. 513 y ss], pero no por el hecho de emplearse por la ley la locución «fuerza mayor», sino por el contexto en que se emplea (la exemplificación que la acompaña, la función y fundamento de esta responsabi-

lidad hostelera —empresarial— por custodia indirecta). Por ello a nadie, en cambio, se le ha ocurrido pensar jamás que el uso de la misma expresión «fuerza mayor» en el artículo 1.777 del Código civil, por ejemplo, tenga para el depósito el mismo significado, o, en todo caso, valor agravatorio del régimen general de la responsabilidad contractual (al que, por otra parte, remite expresamente el art. 1.766 del Cc.).

3. Tampoco convence a Clavería (*Nota*, p. 1.297) la explicación, en términos de falta sobrevenida de la causa, de la resolución (*ipso iure*) del contrato sinalagmático por imposibilidad sobrevenida liberatoria del alguna de las prestaciones recíprocas [*Libro*, p. 315, nota 114].

La razón aducida («“causa” es un requisito que sólo tiene que concurrir al nacer el contrato») resulta indemostrada y es, además, en mi modesta opinión, indemostrable: está por inventar todavía la noción de causa que, respetando los datos de nuestro Código (art. 1.274 del Cc.), permita afirmar que la sobrevenida extinción de una de las obligaciones recíprocas por imposibilidad liberatoria, no afecta al sinalagma genético, a la causa del contrato bilateral, y, por tanto, también sobrevenidamente a la eficacia de éste.

Las ideas de De Castro (en el mismo sentido que él, por ejemplo, Mosco) a este propósito, lejos de parecerme «peligrosas», me parecen las únicas capaces de explicar el régimen de esta causa de resolución del contrato sinalagmático y sus especialidades frente a la resolución por incumplimiento [vid., también, *CCJC*, 1987, 13, pp. 4429 y ss.]. Por lo que «sucumbo en el peligro» conscientemente.

Supongo que paralelamente podría pensarse, en abstracto, que la presencia de al menos dos partes en un contrato es sólo un requisito del momento de su celebración y que la muerte posterior de una de ellas no afecta, por tanto, a la eficacia del contrato con los herederos del fallecido (art. 1.257 Cc); pero, en concreto, ocurre que cuando las prestaciones que el contrato tiene por objeto son personalísimas, la muerte de una de sus partes, estando pendiente la ejecución del contrato, determina sobrevenidamente su extinción (arts. 1.595 y 1.732 del Cc). por objeto son personalísimas, la muerte de una de sus partes, estando pendiente la ejecución del contrato, determina su extinción (arts. 1.595 y 1.732 del C.c.).

Lo mismo sucede, me parece, con la causa de los contratos sinalagmáticos: no se trata de pensar en el contrato en abstracto, sino en la situación concreta de estos específicos contratos cuando están pendientes de ejecución.

IX. Para los restantes puntos de discrepancia entre Clavería y yo, me remito al juicio del lector, que sabrá valorar el peso de mis razones y las suyas, así como la consistencia de sus objeciones frente a mis asertos.

BIBLIOGRAFIA

Libros

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Un volumen de XVIII más 450 páginas, editado por «Trivium». Vitoria-Madrid, abril de 1988.

El Gobierno vasco y la Universidad del País Vasco, ésta a través de su Departamento de Derecho privado, ofrecen en un bien editado volumen las ponencias y comunicaciones presentadas en Vitoria, y debatidas entre los días 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987 en el curso de un simposio *ad hoc*, relativas a la «problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana» con sus evidentes efectos sobre la «filiación a finales del siglo XX».

En la introducción el profesor Jacinto Gil Rodríguez, principal creador e impulsor —con el profesor Hualde y el excelente equipo docente e investigador de la Facultad de Derecho de San Sebastián— del Congreso sobre la filiación, explica la génesis del mismo a partir del «Congreso de Congresos» que ha sido el Congreso Mundial Vasco, y la aspiración de éste de «ofrecer un marco adecuado para el fortalecimiento de vínculos entre nuestro país y la comunidad cultural y científica internacional». «Asumir esta... vertiente —dice el profesor Gil Rodríguez, en el prólogo— e implicarse honestamente en ella, requería, desde luego; transformar lo que se venía pensando y preparando como línea de investigación propia», es decir, del Departamento easonense de Derecho civil que dirige, «en mero esquema o programa a desarrollar científicamente por quienes estaban ya en condiciones de aportar respuestas valiosas y atendibles; cambiar la investigación por la instigación». El Departamento, así, por encima de la investigación propia, consideró más útil para la comunidad de juristas y para el Derecho esta labor de suscitar trabajos y soluciones de los mejores especialistas en la materia.

La actualidad y trascendencia social del tema son indudables (se puede decir que nos hallamos ante «el tema de nuestro tiempo»), y por tanto el acierto del Departamento easonense de Derecho civil, que ha encargado los correspondientes estudios e investigaciones a prestigiosos profesores que aportan sus contribuciones al estudio y solución de un trascendental problema en el que los avances de la medicina, la genética y la biología acaban por incidir en la Moral, las relaciones humanas y familiares y finalmente en el Ordenamiento jurídico que no puede permanecer ajeno a estos nuevos datos, planteamientos y concepciones.

NOTA DE REDACCIÓN: El autor de la recensión al libro de EMBID IRUJO, «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios», omitido, por error, en la página 345 de este tomo del «Anuario» (fascículo I) es don ANDRÉS J. RECALDE CASTELS, Ayudante de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá de Henares.

El propio profesor Gil Rodríguez pone de relieve cómo «la nueva realidad ha colocado en el banco de pruebas la ductilidad de más de una institución jurídico-privada. Por supuesto, a la donación, que no parece pensada para transacciones extrapatrimoniales y (aun después de modulada para atender a transfusiones y trasplantes) no es seguro que soporte la expansión de su tradicional **finalidad económico-social** hasta dar encaje a algo tan extraordinario como, sin duda, parece la **causa generandi**. Y, por no salir del terreno negocial, a cualquiera se le alcanza que la resolución de los conflictos en derredor del **alquiler de úteros** reclama actitudes jurídicas algo más complejas que la escueta prohibición o —aun sin ella— la simple subsunción en la figura de contrato/negocio con **causa inmoral**».

Las dos proposiciones de ley presentadas a las Cortes Generales del Estado en materia de las nuevas técnicas de reproducción humana y problemas concomitantes, posiblemente demasiado precipitadas y prematuras al ser necesario que estas cuestiones antes de pasar a ser objeto de legislación sean objeto de un período de estudio y consideración por la doctrina, encuentran su ilustración y réplica en las diversas ponencias, cuya redacción final se ha hecho después de los correspondientes debates, y que proyectan su luz y orientan sobre los diversos aspectos tratados.

Las ponencias, atendiendo a la naturaleza de su contenido, aparecen agrupadas en cinco secciones.

La primera de ellas, sobre «las posibilidades médicas, los límites constitucionales y las recomendaciones del Consejo de Europa» recoge las aportaciones de los profesores E. Barbera Guillem (catedrático de Embriología) y los catedráticos juristas E. Rocas Trías y F. W. Hondius sobre «las posibilidades médicas en la reproducción humana»; «la inseminación y fecundación artificiales en relación con los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», y «la contribución del Consejo de Europa», ofreciendo ideas en orden a resolver los problemas de tipo constitucional o de derechos de la personalidad que actualmente se vienen planteando y que, sin duda, crecerán en el futuro con los rápidos avances científicos y prácticos en tema de medios y métodos a utilizar, siendo de destacar la amplia información crítica que contiene el trabajo de la Dra. Encarna Roca.

Se trata en la segunda sección de la capacidad de respuesta de algunos ordenamientos jurídicos a los grandes problemas que en el futuro se plantearán para filiar en su momento a los nacidos o gestados por los nuevos procedimientos. El profesor G. Ewerlöf informa sobre la legislación sueca en este tema; estudia el puertorriqueño P. F. Silva-Ruiz la panorámica general del mismo en los Estados Unidos, y bosqueja el profesor de Pamplona y conocido especialista de Derecho de familia F. Sancho Rebullida un amplio abanico de posibilidades en la futura regulación que se avecina en la legislación española.

El tema de la determinación y efectos de la filiación derivada de la fecundación artificial lo estudia con detalle en la sección tercera el profesor de Barcelona experto en temas de filiación F. Rivero Hernández, tanto de **lege ferenda** como para la normativa vigente, rechazando en cuanto a ésta la solución del anonimato total del donante de gametos o la de la accesibilidad a sólo los datos biogenéticos de aquél, y optando por el derecho del hijo a conocer la identidad personal del donante. Mientras que, en esta misma sección, el profesor madrileño R. Bercovitz y Rodríguez Cano estudia el mismo tema de la filiación inducida en relación

con las varias clasificaciones legales, y la aplicación que de ellas pueda hacerse aplicando el Código civil a pesar de no haber sido pensado para tales situaciones.

Pero no son sólo cuestiones exclusivas de filiación las que en este libro se plantean. Al contrario, al Congreso se propusieron también, y así se recogen en la sección cuarta que agrupa las ponencias de los profesores Montes Penades, Delgado Echeverría y Clavería Gosálvez, cuestiones, categorías y elementos propios de la teoría general del negocio jurídico en su aplicación a la filiación procedente de las nuevas técnicas de reproducción o la fecundación asistida: el significado y valor del consentimiento prestado al ejercicio de tales técnicas; el valor de dicho consentimiento en la asunción de paternidades que biológicamente no corresponden; y, en general, la adaptación de las categorías negociales en estos aspectos de la reproducción humana. Descubren estos trabajos un horizonte tan amplio que sería inútil intentar resumirlos, pero en todo caso dejan en claro los autores la necesidad de tener en cuenta estas nuevas perspectivas al «construir» las correspondientes categorías generales.

Aspectos más concretos y siempre de evidente interés jurídico, son tratados en la sección quinta, en la que el profesor de Santander F. Pantaleón Prieto se ocupa de las cuestiones de la responsabilidad civil en la procreación artificial; F. Lledó Yagüe, de Deusto, trata del alquiler de úteros y de los problemas de las madres sustitutas y por encargo; y el magistrado y catedrático excedente E. Serrano Alonso de los depósitos de esperma y de la fecundación *post mortem*, problemas todos éstos que exigen nuevas respuestas *lege ferenda*, dada su dificultad de encontrarles una normativa con los elementos disponibles —tan escasos en la doctrina española— hasta el año 1987.

El volumen concluye con las comunicaciones al Congreso: entre ellas, una sobre las nuevas técnicas y la «mujer sola» (profesor A. León Arce); otras sobre tales técnicas y los consentimientos relevantes (profesor Merino Gutiérrez); sobre los derechos de la viuda a ser inseminada artificialmente (Campuzano Tomé); sobre «la gestación por cuenta ajena» o bien sobre «atribución de maternidad en la gestación contratada» (respectivamente profesores Moreno Luque-Casariego y Carmen Hernández Ibáñez).

El anonimato del dador y el principio de verdad biológica se contraponen en las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en una interesante comunicación del profesor Carbajo González; siendo especialmente nuevo y sugerente el estudio sobre un posible estatuto jurídico del embrión humano, con especial consideración sobre el pre-embrión, que hace la profesora Cárcaba Fernández.

Resumiendo, es un interesante, amplio y completo estudio sobre tema tan apasionante como trascendente, el que nos presenta este volumen, que ofrece completa información sobre el estado actual de la materia y apunta soluciones a problemas que en muchos aspectos se nos aparece como apremiantes. Estamos, quizás, acostumbrados a que el Derecho positivo, en el que se decantan la práctica y el saber de tantos siglos, nos brinde respuestas para todas nuestras necesidades, incluso ante aquellas situaciones más o menos nuevas e inopinadas que la evolución de los tiempos plantea. Pero en el tema de la reproducción humana, los avances médico-científicos nos han colocado ante realidades que difícilmente podía imaginar alguien que no fuera un auténtico genio como el Huxley del «Mundo feliz», poniendo a los juristas ante un reto que nos obliga a profundas refle-

xiones y a desbrozar el camino del legislador, apremiándole a una labor que no puede seguir el ritmo tranquilo que ha sido habitual ante otros problemas. Eso sí: sin olvidar los dictados de la Moral y la precisión de tener en cuenta, junto a los derechos del individuo, las necesidades sociales.

Dra. REGINA AYMERICH RENTERÍA
*Profesora Titular del Derecho civil en la
Universidad Complutense de Madrid*

**GARCIA-TREVIJANO, José Antonio: «Los actos administrativos», Madrid, 1986,
Editorial Civitas, S. A. Un volumen de 438 páginas.**

Esta edición póstuma del gran jurista y docente José Antonio García Trevijano es característica de su enorme personalidad y madurez intelectual, que no pudo llegar a rematar al alcanzarle la muerte demasiado tempranamente.

Ahora, sus ilustres hijos, José y Ernesto, Letrados del Consejo del Estado, que siguen su misma trayectoria intelectual y profesional, dan a la luz esta inédita monografía sobre los actos administrativos, complementándola con su inacabado capítulo final, al mismo tiempo que la actualizan y la complementan con otros datos y referencias.

El civilista actual todavía se siente más atraído que entonces ante el esfuerzo de la ciencia administrativa por lograr una estructura singular del acto administrativo apartándose de la teoría del negocio jurídico y caracterizarlo propiamente por la descripción del conjunto de sus funciones, al concebirlo como hace el ilustre autor, en cuanto «declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa». Es al ir razonando esta definición del acto administrativo —tan valiosa por su comprensión de síntesis global—, cuando se advierte en ella el anclaje a dogmas jurídicos propios de un momento ya en fase de gran debate, como es, sobre todo, el de admitir una neta distinción entre el Derecho público, caracterizado por sus actos de imperio, y un Derecho privado de exclusiva autonomía particular y referido a los intereses privados. Si bien la doctrina administrativa contemporánea pasa de consideraciones políticas a posiciones normativas dentro de la técnica de actuación de la Administración económica del Estado, el profesor García-Trevijano Fox va a ser el que lo plantee en sus bases jurídicas más rigurosas, tal como experimenta en su primer encuentro en Bolinia con la doctrina italiana, después con la francesa y, principalmente, con la figura de Forsthoff en la alemana. No obstante, todavía se advierte una fase en la que la Administración del Estado es demasiado total, que no soberana, y en la que el acto administrativo aún no ha adquirido su plena y exclusiva juridicidad en cuanto mera relación jurídica, o puro «vinculum iuris», donde su alcance constitutivo viene dado por la «utilitas publica» y es para esa finalidad, y dentro de ella, donde adquiere su auténtica racionalidad en el conflicto de intereses con los privados.

Por lo demás, esta monografía trata, pues, de llevar a cabo un amplio análisis del Derecho comparado continental europeo, preferentemente, así como referencia al anglosajón en sus aspectos doctrinal y jurisprudencial, para concluir con sus críticas y sus propias y fecundas reflexiones. Para ello sistematiza su obra en seis capítulos. El primero está referido a la delimitación de los actos administrativos, su delimitación horizontal y vertical, las operaciones materiales, los actos administrativos y los actos de la Administración, actos bilaterales y políticos, la aparición de la idea de acto administrativo, con un examen de la doctrina española de la primera época.

El concepto y caracteres de los actos administrativos compone el segundo capítulo, donde comienza por puntualizar las posiciones de la Pandectística sobre las declaraciones humanas ante el Derecho, el negocio jurídico y el Derecho administrativo, para criticar drásticamente la adulteración de la voluntad humana dentro de esta estructura jurídica.

De aquí que examine a fondo el negocio jurídico y la doctrina administrativa desde la doctrina alemana, italiana, francesa, hispanoamericana, anglosajona y española, para concluir con su propio concepto del acto administrativo, que explica razonadamente.

El capítulo tercero presenta los requisitos de los actos administrativos, cuyo panorama deja de ser pacífico doctrinalmente, por lo que despliega sus posiciones más destacadas con el examen de la personalidad jurídica de Derecho público, la competencia del órgano, la voluntariedad, el objeto, el contenido, la causa, la motivación y la forma (escrita, verbal, tácita, implícita, presunta y otros medios expresos). Se concluye con la exposición de los elementos accidentales de los actos administrativos, su concepto, clases, función y límites (cláusulas restrictivas, ampliadoras). Las formas de inserción y los efectos de la invalidez de las cláusulas accesorias.

Las clases de actos administrativos están abordadas en el capítulo cuarto y vienen concretados por su inserción en el procedimiento administrativo y recurribilidad (actos de trámite, finales, definitivos, enlazados, independientes, impugnables o no en vía contencioso-administrativa y los actos firmes), atendiendo a los destinatarios, a sus efectos, al elemento subjetivo, a la declaración que contienen (negocial, como los actos ampliatorios, concesiones, autorizaciones, aprobaciones, renuncias, dispensas y admisiones), actos que no contienen declaraciones de voluntad (actos de transmisión, comprobación, certificantes o declaraciones de juicio).

El capítulo quinto trata de la validez y eficacia del acto administrativo, exponiéndose los conceptos fundamentales, el momento de la perfección y la eficacia según los actos, las clases de eficacia, la eficacia respecto de los administrados, los efectos especiales como la geografía jurídica, la eficacia temporal como la cuestión de la retroactividad (en la doctrina francesa, alemana, italiana e hispanoamericana y en el Derecho español), la suspensión de los efectos, el alcance de la eficacia, la ejecutoriedad y sus medios (la ejecución forzosa), casación de la eficacia y extinción del acto administrativo, concluyendo con la interpretación de los actos jurídicos.

La obra termina con su capítulo sexto dedicado a la extinción de los actos administrativos con especial estudio de la invalidez y la inoportunidad, así como el problema que plantea la inexistencia. Además la retirada del acto administrativo y sus manifestaciones a través del Derecho romano, la doctrina alemana, fran-

cesa, italiana, hispanoamericana y española, la invalidez del acto administrativo (la nulidad radical o de pleno derecho, la anulabilidad y los vicios inoperantes), las formas de detectar la invalidez del acto (revisión de oficio y vía de lesividad), la revocación del acto administrativo y, por último, otras formas de extinción de los actos administrativos.

A este profundo estudio se añade la bibliografía al tema —a la que sería necesario concretar algún dato y corregirla—, aportando la obra el inteligente esfuerzo y la gran contribución que José Antonio García Trevijano, el inolvidable amigo, hace para la ciencia administrativa de un momento crucial, anticipándose ya en muchas de sus conclusiones.

JOSÉ BONET CORREA

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Las ventas a plazos de bienes muebles», Editorial Tecnos, Madrid, 1988. Un volumen de 191 páginas.

La obra se encuentra dividida sistemáticamente en dos grandes apartados, aunque los problemas en que se centra su atención sean tres. Estos, como se indica en la introducción, son los siguientes: recapitulación crítica del «status quaestionis» doctrinal relativo a la Ley de Ventas Muebles a Plazos (LVP), análisis sociológico de su aplicación y repercusión de la normativa de protección de los consumidores sobre la misma.

En la primera parte se analiza el primero de los temas apuntado anteriormente. Lleva a cabo el estudio de los diferentes preceptos de la Ley 50/1965, de 17 de julio, de ventas a plazos de bienes muebles. Interesa resaltar que si bien el análisis es sobre todos los preceptos de dicha Ley que tratan sobre la venta de bienes muebles a plazos, es tan sólo sobre algunos en los que va a centrar preferentemente su atención. Por tanto, el análisis que lleva a cabo opera siempre desde una perspectiva problemática. Para ello, sitúa al lector en el problema tal y como se encuentra delimitado en la doctrina, señalando las diferentes posiciones de los autores, así como sus respectivas fundamentaciones, para a continuación pasar a señalar la suya debidamente justificada. Los problemas de mayor objeto de estudio son: carácter dispositivo o imperativo de la LVP, carácter real del contrato de compraventa, naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio. Ahora bien, ello no implica que deje de analizar el resto del articulado de la LVP que ha levantado menor polémica. De esta forma se alude tanto a los bienes y operaciones sometidos como excluidos del ámbito de aplicación de la LVP, a la forma del contrato (aunque aquí su estudio lo realiza en parte cuando trata acerca del carácter dispositivo o imperativo de la Ley) y a los derechos de los compradores.

Respecto al carácter imperativo o dispositivo de la LVP lleva a cabo la sistemática que ya he indicado. Muestra así, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales. A continuación expone su opinión. Comienza con una afirmación que posteriormente justificará: «A la hora de resolver a qué contratos y con qué eficacia se aplica la LVP, pienso que hay que empezar afirmando que dicha Ley no pretende regular todas las ventas a plazos, sino solamente aquéllas que ella misma

determina. Dicha determinación se produce con carácter objetivo» (p. 27), así se centra la cuestión pues «simplemente la reconduce a sus justos límites, a esas ventas a plazos que son objeto de la Ley, ¿se les aplica ésta imperativamente o bien queda ello a elección de las partes» (p. 29). Se inclina por el carácter imperativo. Los argumentos técnico-jurídicos en que se apoya son: la Exposición de Motivos de la LVP, los artículos 2.2 («es éste uno de los preceptos que con mayor vigor apoyan la interpretación imperativa de la LVP», p. 33) y 18, el decreto de 12 de mayo de 1966 en lo referido a su Exposición de Motivos y artículo 1, y, el artículo 3, a) de la ORVP de 15 de noviembre de 1982. Ahora bien, en su opinión, dicha imperatividad es imperatividad limitada en un doble sentido: en primer lugar, no afecta a las ventas de bienes muebles a plazos no sometidas al ámbito de aplicación de la LVP, y, en segundo lugar, la imperatividad no conlleva la nulidad total del contrato en base al artículo 6.3 del Código civil ya que: «ella misma prevé las consecuencias de la infracción en la mayor parte de sus preceptos... también en este sentido cabe hablar, por tanto, de imperatividad limitada» (p. 40). Las consecuencias de las infracciones con carácter expreso se encuentran en el artículo 6 en relación con el 7, 9.1 y 2, 14 y 15. Con carácter general el artículo 18. Pero mayor problema resulta «la determinación de los efectos de la infracción del artículo 5 de la LVP» (p. 41). Tras indicar que se ha sostenido que su infracción conlleva la nulidad del contrato, o, la invalidez del mismo, invalidez que se caracteriza por ser relativa, opina que ni una ni otra interpretación del artículo 5 es convincente. «Entonces, ¿cómo interpretar el artículo 5 de la LVP?» (p. 43). Hay que fijarse en la redacción del precepto «para la validez de los contratos sometidos a esta Ley y a los efectos de la misma». De esta forma la infracción del artículo 5 da lugar a la sanción de nulidad del contrato en base al artículo 6.3 del Código civil; pero esa sanción es «a efectos de la Ley»: «Ese contrato es nulo ante los ojos de la LVP, pero sólo en ese sentido. Ello quiere decir que tal contrato al que la LVP no reconoce validez como venta a plazos, puede tener efectos jurídicos fuera de la LVP (...) pero no los efectos propios de una venta a plazos —puesto que la LVP es imperativa—, sino otros distintos» (p. 43). En su opinión tales efectos «se limitan a los de un contrato preparatorio de venta a plazos» (p. 43).

Respecto a la perfección de la venta a plazos señala que «parece claro ...que para la perfección del contrato son precisos la entrega de la cosa y el desembolso inicial por parte del vendedor y del comprador, respectivamente» (p. 60). Ello como consecuencia de los artículos 2.2 y 9.1 de la LVP. Sin embargo, la existencia de un segundo párrafo en el artículo 9 es lo que hace enturbiar la afirmación anterior, lo cual conduce a analizar el problema del carácter real del contrato. Señala que «la doctrina es unánime al afirmar la naturaleza real de la venta a plazos regulada en la LVP» (p. 61). Opinando él que «lo esencial para la perfección es la entrega de la cosa vendida por parte del vendedor» (p. 64). De esta forma se puede hablar de dos formas de perfeccionamiento de la venta a plazos: «1) una real, cuando hay un efectivo intercambio de las prestaciones, con entrega de la cosa vendida y del desembolso inicial (arts. 2.1 y 9.1 de la LVP); 2) y otra mixta, en la que confluyen la entrega de la cosa como elemento real —y en todo caso necesario— y la voluntad del comprador expresada en el contrato como elemento consensual cuando falta el desembolso inicial; es en este último caso en el que se aplica la sanción del artículo 9.2 de la LVP» (p. 64). En cuanto a la relación entre el carácter real de la venta a plazos y la forma

que debe cumplir por estar sometido a la LVP (art. 5), sostiene que si se ha entregado la cosa (y en su caso del desembolso inicial) sin que exista todavía contrato escrito, las prestaciones se consideran como atribuciones sin causa, teniendo que devolver. En el caso contrario, es decir, en aquel en que el contrato se formaliza por escrito y no se ha entregado la cosa, piensa que lo más coherente es conceder «eficacia de contrato preparatorio al documento ya firmado —si no hay entrega—, ya que ese documento no es sino la fase inicial en el iter formativo de un contrato que no ha llegado a su perfeccionamiento» (p. 71).

Respecto al pacto de reserva de dominio comienza mostrando las diferentes construcciones jurídicas que se han realizado sobre el mismo, para pasar a ver qué significado trae la LVP a este tipo de pacto, al ser objeto de regulación expresa en el artículo 13. Tiene clara la necesidad de determinar «cuál es la función que desempeña el “*pactum reservati dominii*” en la economía de ventas a plazos, lo que contribuirá poderosamente a aclarar cuál es la configuración más adecuada de la reserva de dominio, para que pueda realizar su función satisfactoriamente» (p. 106). Esa función que cumple este pacto es una función de garantía de la posición global del vendedor. De esta forma se le pretende proteger frente al posible incumplimiento del comprador, «y ello comprende tanto la obtención del contravalor de la cosa..., como que la actuación de determinados terceros... no incida negativamente sobre el desarrollo normal de la operación, ni tampoco sobre las garantías constituidas para asegurar su buen fin» (p. 109). De ahí que sostenga que este pacto no produce la trasmisión de la propiedad del vendedor al comprador, sino que el primero sigue conservándola hasta que se pague el total del precio. Ahora bien, señala que dicha propiedad se encuentra modalizada, de forma que no es una propiedad absoluta, sino por el contrario «se encuentra disminuida en gran número de las facultades que derivan de ese derecho» (p. 110). Una vez que ha indicado su posición en la construcción jurídica del pacto de reserva de dominio es cuando pasa a ver el significado que el mismo puede dar la LVP. La idea central girará en torno al significado del artículo 19 de la LVP. Va a diferenciar distintos supuestos, así: en primer lugar, el pacto de reserva de dominio concede «en todo caso, una defensa eficaz de los derechos del vendedor frente a terceros acreedores del comprador o subaquirentes de la cosa vendida, derivada de su titularidad dominical» (p. 119); en segundo lugar, si se produce un incumplimiento por parte del comprador que dé opción al vendedor a que utilice el artículo 11 de la LVP, hay que diferenciar si optó por la resolución o por el cumplimiento anticipado. En el caso de que opte por la resolución «precisamente la permanencia de la cosa vendida en la posesión del comprador asegura que podrá tener lugar satisfactoriamente la devolución de las prestaciones en los términos establecidos por el mismo artículo 11» (p. 119). En el caso de que opte por el cumplimiento anticipado ex artículo 11, «el artículo 19 le concede las preferencias y privilegios que el mismo establece» (p. 119). Ahora bien, en este último supuesto nos encontramos con el siguiente problema: «el vendedor no podrá embargar el bien objeto de la venta a plazos, precisamente porque se ha reservado su dominio; sería un embargo sobre cosa propia» (p. 120). Para soluciones dicho problema C. Martínez de Aguirre entiende que «la opción judicial por el cumplimiento del contrato (es decir, por la exigencia de los créditos nacidos de la venta a plazos) equipararía —casi transformaría— así, ex artículo 19 y por ministerio de la Ley, la reserva de dominio con una garantía real del tipo de la hipoteca mobiliaria o prensa sin desplazamiento, dotándola de eficacia ase-

guradora también cuando lo que se reclama es el cumplimiento» (p. 121), «esa conversión de la reserva de dominio en garantía real sobre cosa ajena (del comprador), cuando el vendedor opta —judicialmente— por el cumplimiento, supone que cesa en su función de reserva de dominical desde que tiene lugar esa opción y, por tanto, que el comprador es el propietario» (p. 121). De esta forma lo que la LVP añade al pacto de reserva de dominio es precisamente el efecto que establece el artículo 19 en caso de que el vendedor opte por el cumplimiento anticipado de la prestación del comprador, cuando se ha producido el supuesto de hecho del artículo 11 LVP (incumplimiento), y no, cuando se opta por la resolución, por parte del vendedor.

En la segunda parte nos encontramos con dos grandes subapartados. En el primero se realiza un estudio sociológico de la aplicación de la LVP desde su promulgación hasta 1985. En el segundo se ve la incidencia de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LCU), sobre la LVP, sobre todo, respecto a la cláusula derogatoria de la primera Ley aludida. Su opinión es que «la LCU no deroga directamente, sin más, las normas que versan sobre la misma materia que ella (...) aunque sus disposiciones difieran de las de aquélla, y por preverlo así la misma Ley de Consumidores» (p. 173). «La LCU se yuxtapone a los complejos normativos a que afecta. Así parece indicarlo el mencionado artículo 7 (“aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles”)» (p. 174). Cuando se produce una concurrencia entre la LVP y la LCU entiende que dado que la finalidad de la última es la protección del consumidor, eso va a implicar que, se aplique la Ley que establezca la condición más beneficiosa al mismo. «Se trata, pues, más que de una derogación de una suspensión selectiva en la aplicación de lo más desfavorable, que opera caso por caso; y a la vez, de una confirmación en la vigencia de lo más beneficioso» (p. 175). Así, si en caso de concurrencia protege más la LCU que la LVP se aplica la primera; en caso contrario, es decir, que proteja más la LVP, se aplicará ésta y no la LCU. A continuación procede a un estudio comparativo de determinados artículos de la LCU que afecta a la materia de la LVP.

De todo lo expuesto ya habrá podido deducir el lector que la obra ofrece un estudio detenido de las ventas de bienes muebles a plazos reguladas por la Ley 50/1965, de 17 de julio. El análisis se lleva a cabo de forma sistemática, indicando cuál es el problema, cuál el estado doctrinal de la cuestión y cuál la posición que sostiene el autor. La exposición es sencilla y clara, ofreciendo una visión de conjunto de este tipo de compraventas.

NIEVES FENOY PICÓN

VIDAL MARTINEZ, Jaime: «*Las nuevas formas de reproducción humana*», Madrid, 1988. Un volumen de 229 páginas.

No cabe duda de que el tema sobre el que versa el libro del profesor Vidal Martínez está de moda, desde que hace ya diez años se conoció el nacimiento del llamado, en expresión tan gráfica como poco feliz, primer «bebé-probeta». Está de moda, también, en el campo de la investigación y de la reflexión juríd-

cas; y, como no, en el de la legislación (en el que nuestro país pretende ser pionero, según parece): terreno este último en el que ello resulta especialmente peligroso, puesto que se corre el riesgo de intentar una legislación —permítaseme la licencia— «de vitrina», más para enseñar que para aplicar —y por ello escasamente pensada—; pero que habrá que aplicar... Todo ese interés es lógico, por tratarse de un tema que incide directamente en cuestiones fundamentales relacionadas con el mismo concepto de ser humano; frente al conjunto de prácticas médicas —y sociales— que desde 1978 hemos ido conociendo, es normal que cualquier persona preocupada por el hombre, consciente de su dignidad personal (predicable toda ella de cada ser humano individual) muestre no ya una curiosidad más o menos frívola, o un interés puramente científico o intelectual, sino una verdadera preocupación personal por el (preocupante) camino que todas esas prácticas parecen abrir a la Humanidad.

En este marco se inserta el libro del profesor Vidal Martínez. Pero no es éste un trabajo que venga meramente a sumarse a la larga lista de los ya existentes sobre la cuestión (baste comprobar la extensa bibliografía citada por el autor), sino que debe ser destacado por algunos de los méritos que se dan cita en él. Primero, su calidad, en un materia en la que, precisamente por estar de moda, no faltan los estudios más o menos apresurados, con una apreciable dosis de superficialidad, y cuya principal pretensión es la de subirse al carro de «lo que se escribe», el aquí recogido se alinea con aquellos otros que efectúan una aproximación rigurosa al tema, y proporcionan elementos para su estudio y reflexión, constituyendo así una apreciable aportación a la investigación jurídica del mismo. Además, no se trata de una obra de mero acarreo de datos y opiniones, ni de simple exposición más o menos erudita del *status quaestionis* (aunque evidentemente forma parte de él), sino que va más allá, sin obviar el imprescindible aparato crítico, es una obra de aportación crítica, en la que el autor ofrece su propia (y argumentada) visión del tema, y de los problemas que suscita. Por último, el libro recensionado se publica en un momento en el que ha comenzado ya a tener lugar la necesaria decantación doctrinal, tras el aluvión de trabajos a que dio lugar la difusión pública de las nuevas posibilidades genéticas; así, algunas de las conclusiones (en gran medida precipitadas) o lugares comunes a muchos de esos primeros trabajos (no a todos, evidentemente), son objeto ahora de un análisis más reposado, y pierden así gran parte de su (al menos aparente) inicial incontestabilidad.

El libro se estructura en tres capítulos centrales, y un cuarto, más breve, de conclusiones. En el primero de ellos («Principios, normas y doctrina de ámbito general, aducibles en el Derecho español, respecto a la temática de las nuevas formas de reproducción humana»), el autor aborda dichas nuevas formas de reproducción humana desde el punto de vista de su inserción en nuestro Derecho, a partir de los datos normativos que éste ofrece: primero, los derivados de la Constitución, y después los de índole puramente civil; y entre éstos, tanto los derivados de los bienes y derechos de la personalidad como los procedentes de la regulación de la filiación en el Código civil.

El segundo capítulo («Los “elementos genéticos” y el embrión humano: su contemplación por el Derecho civil español») se refiere a la consideración que para el Derecho deben tener lo que el autor denomina «elementos genéticos» o «fuerzas genéticas» (básicamente, gametos masculino y femenino), principalmente

en orden a la capacidad de disposición sobre ellos, y partiendo del hecho (que los diferencia sustancialmente de otro tipo de componentes «regenerables» del cuerpo humano) de que «se trata de unas células germinales que llevan inscrito un código genético, que corresponde a un ser humano único e irrepetible, y que pueden dar lugar a otro ser humano igualmente singular». También enfrenta la cuestión de si el útero puede ser objeto de un contrato en nuestro Derecho, y las relativas al tratamiento (y protección) del embrión humano obtenido por medio de tales técnicas.

El tercer capítulo («La regulación de las nuevas formas de reproducción humana en España: ¿conveniencia de una regulación al respecto?») se encuentra dedicado a reflexionar acerca de la necesidad o no de legislar tales cuestiones. Para ello el autor analiza los casos más importantes (inseminación artificial, fecundación «*in vitro*» y madres sustitutas) a la luz de nuestro Derecho positivo, intentando resolver con éste los diversos problemas que se pueden plantear, hasta llegar a la conclusión (provisional) de que esa nueva legislación es, en gran medida, innecesaria.

Como he dicho antes, se trata de una obra en la que el autor proporciona su visión personal (y reflexiva) sobre las cuestiones que aborda. Quiero, para terminar esta apretada recensión, aludir ahora a algunos de los que son, a mi modo de ver, los hilos conductores de la opinión del profesor Vidal Martínez.

En primer lugar, la tensión constante entre la libertad de investigación relativa a las nuevas formas de reproducción humana, y los límites a tal libertad, procedentes fundamentalmente del artículo 10 de la Constitución. Así, apunta el profesor Vidal Martínez, que esas prácticas («desviación indeseable de una realidad natural») pueden ser toleradas en virtud del principio de libertad, pero no alentadas desde instancias públicas. En todo caso, «ese camino ha de resultar forzosamente estrecho, si se mantienen los principios de libertad responsable y respeto a la persona». Dentro de tales límites destaca la protección necesaria al embrión humano, sin que resulte aceptable su distinción respecto del llamado «preembrión»; en aplicación imprescindible (añadiría yo) de un principio que me parece fundamental en este campo: *in dubio, pro persona* —en la duda de si hay o no ser humano, no cabe destruir el embrión, puesto que existe la posibilidad de que se esté destruyendo una persona; hay que dejar que se desarrolle, y ello desembocará, según el curso normal de las cosas, en un ser humano (luego, lo había...)—.

En relación con ello, el autor muestra su preocupación por algunas de las desviaciones a que puede dar lugar el empleo de estas técnicas, y que intenta corregir con sus propuestas: señaladamente, pero no sólo, las de patrimonialización de la persona e instrumentalización del hijo. En este sentido, indica cómo sería preferible dedicar el dinero que precisan tales técnicas, «a la creación de las estructuras adecuadas para acoger a niños abandonados o en precaria situación familiar».

Junto a ello, destacaré también su repetida propuesta de reconducir algunos de los más importantes casos de filiación así producida a la adoptiva, dentro de los esquemas del Código civil (que no es, desde luego, nueva). Su insistencia en rechazar el anonimato sin reservas de los «donantes» del «material» (tampoco a mí me gustan estas expresiones) genético frente al hijo así concebido, con razones importantes para ello. Y, por último, la imputación a los médicos que han manipulado (aunque sea con su consentimiento) las «fuerzas genéticas» de una

persona para conseguir el nacimiento de otra, de las responsabilidades que puedan derivarse de ello, puesto que «en ningún caso tiene(n) facultades jurídicas para producir paternidades o maternidades de esta índole», dada la intransmisibilidad jurídica de dichas «fuerzas genéticas».

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendatario sobre la misma (*)

Por PILAR BENAVENTE MOREDA

Prof. Ayudante Derecho civil. Fac. Derecho. U.A.M.

SUMARIO.—I. *Introducción.*—A) Planteamiento.—B) Cuestiones que no van a ser analizadas. Cuestiones a analizar.—C) Reflexión inicial sobre el posible origen de los problemas.—II. *Posiciones doctrinales y jurisprudenciales.*—A) Titularidad exclusiva: la atribución judicial como subrogación arrendaticia.—a) Por vía del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—b) Por vía del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—B) Titularidad común: naturaleza de la atribución.—a) Arrendamiento común—arrendamiento ganancial.—b) Carácter común del arrendamiento derivado del carácter familiar de la vivienda.—1. Motivaciones.—2. Naturaleza del derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada.—III. *Posición crítica. Planteamiento de posibles soluciones.*—A). —a) Ante la atribución como subrogación de derechos arrendatarios.—1. Carácter temporal de la atribución frente al definitivo de la subrogación.—2. Otros problemas derivados de la aplicación de los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.— El cónyuge cedente ha de ser contratante inicial. Artículo 24.— Número de subrogaciones permitidas por el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.— La aplicación analógica del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—; Existencia de una cesión «ex iudice» de derechos arrendatarios?—b) Ante el carácter común del derecho arrendaticio.—1. Falta de previsión legal.—2. Problema del consentimiento.—3. Los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos frente a la admisión de cotitularidad.—B) Relaciones externas e internas.—a) Campo de las relaciones externas o de tráfico.—1. Relaciones con terceros constante matrimonio. Actos dispositivos limita-

(*) Este trabajo se realizó y finalizó durante el segundo trimestre de 1987. Posteriormente existen algunos trabajos que considero conveniente mencionar:
— VENDRELL FERRER, E.: «La vivienda familiar y su protección» (comentario a la STC de 31 de octubre de 1986), RJC, 1987, núm. 4, pp. 155 y ss.
— VICENTE DÍAZ, M.: «Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial», AC, núm. 5, 1988, p. 265.

dos.—2. Actos dispositivos limitados tras la ruptura matrimonial.—b) Las relaciones entre el arrendador y el cónyuge arrendatario.—c) Relaciones internas entre el cónyuge o excónyuges.—1. Derecho a la vivienda como derecho al hogar; naturaleza de la atribución.— Artículo 96-1.^º y 2.^º: La atribución como contribución al levantamiento de las cargas familiares.— Artículo 96-3.^º: La atribución como parte de la pensión compensatoria.

I. INTRODUCCION

A) Varios son los preceptos que en nuestro Código civil hacen referencia a la vivienda familiar, ya sea estableciendo un régimen especial de protección, tanto dentro del llamado régimen matrimonial primario, como dentro de la sociedad de gananciales; ya sea tomándose en consideración como uno de los bienes sobre cuya atribución debe pronunciarse el juez en situaciones de crisis matrimonial (1).

En todos los supuestos, subyace un claro criterio protecciónista hacia la familia, precisamente a través de la protección de la que es, o ha sido su sede. Sin embargo, hay algunos puntos oscuros, que pueden a la larga, desvirtuar la finalidad perseguida (2).

El objeto de mi análisis se va a centrar por ello en una de las cuestiones en que creo existe menor claridad legislativa, y por ende, diversidad de posturas doctrinales y jurisprudenciales: *la titularidad arrendaticia sobre la vivienda familiar*.

B) Pese a lo limitado del estudio que acometo, pretendo prescin-

(1) El art. 1.320, pár. 1.^º, exige el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial sustitutoria, para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, aunque ésta pertenezca a uno sólo de los cónyuges. Y ello como aplicable cualquiera que sea el régimen económico existente entre los cónyuges, por ser una norma propia del régimen matrimonial primario. Tal limitación dispositiva queda igualmente establecida para dicha disposición en situaciones de crisis matrimonial, por el pár. 4.^º del art. 96, para aquellos supuestos en los que la vivienda familiar se atribuya al cónyuge no titular de la misma.

Dentro del régimen de gananciales se le otorga igualmente especial protección, porque se establece una variación del régimen legal de calificación de privacidad del art. 1.357 (bienes adquiridos a plazos por uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio) aplicándose en tales supuestos el art. 1.354 (existencia de proindiviso entre la sociedad de gananciales y el cónyuge adquirente), protección que alcanza hasta la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, donde el pár. 4.^º del art. 1.406 otorga el derecho de atribución preferente sobre la citada vivienda al cónyuge sobreviviente.

Referencia igualmente se hace a la vivienda familiar que es tenida en cuenta como elemento objeto de atribución en la fase provisional entre la interposición de la correspondiente demanda de separación, nulidad o divorcio, y la sentencia definitiva que resuelve sobre las mismas, así el art. 103 del Cc., al regular la atribución, en medidas provisionales, del uso y disfrute de la vivienda familiar, teniendo en cuenta el interés más digno de protección.

(2) Sobre todo en aquellos supuestos en los que, tras la ruptura matrimonial se procede a la adjudicación judicial de la vivienda, bien de forma provisional (por medio del Auto de Medidas), bien en sentencia definitiva de separación, nulidad o divorcio.

En tales casos no se establece en ningún momento la calificación del derecho que nace en el beneficiario de tal atribución.

dir de determinadas cuestiones, que si bien resultan igualmente problemáticas, han sido tratadas con mayor interés por los autores:

— Pretendo prescindir del análisis de los problemas derivados del disfrute de la vivienda familiar en propiedad o sometida a otra titularidad real, para centrarme en el problema de la vivienda arrendada.

— Igualmente, en la medida en que ello sea posible, pretendo prescindir de la valoración del arrendamiento citado dentro de un régimen económico matrimonial determinado al que puedan someterse los cónyuges (3).

En concreto, me centraré en aquellos supuestos de titularidad arrendaticia derivada de contrato celebrado por uno sólo de los cónyuges, antes o después de contraer matrimonio, cuando tal vivienda llega a ser efectivamente la sede del hogar familiar.

En definitiva, pretendo analizar el problema de la citada vivienda arrendada a la luz de los artículos 1.320 y 96 del Código civil, es decir, ante el normal funcionamiento del matrimonio, y ante las situaciones de crisis o ruptura del mismo. Intentando para ello observar en qué medida pueden existir contradicciones, o compatibilizarse, en su caso los criterios del Código civil con determinados preceptos de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos.

¿Cuáles son, en tal caso, las cuestiones que nos interesa analizar?

1. En situaciones de normal funcionamiento del matrimonio—supuesto del artículo 1.320 del Código civil, ¿qué posición ocupan los cónyuges en relación arrendaticia?, y, en concreto, ¿cuál es la posición, frente al arrendador, que ostenta el cónyuge del contratante? ¿Depende en alguna medida tal posición del momento en que se contrate el arrendamiento?

2. Disuelto el matrimonio, o determinada la separación entre los cónyuges —supuesto del artículo 96 del Código civil—, y adjudicada la vivienda al cónyuge no contratante, ¿qué tipo de derecho le otorga el juez al citado cónyuge sobre la vivienda arrendada? ¿Se modifica con tal atribución exclusiva la relación contractual con el arrendador de la vivienda?

3. ¿Quién será, tras la atribución judicial de la vivienda, el obligado por el contrato de arrendamiento, al pago de las rentas, cantidades asimiladas a la misma, conservación de la vivienda arrendada, etcétera?

Tal cuestión, en definitiva, nos lleva a plantearnos en qué medida afectará al propietario arrendador, la citada atribución de la vivienda arrendada al cónyuge no contratante.

Tales cuestiones se traducen, en definitiva, en las siguientes:

(3) Fundamentalmente porque ni el art. 1.320, ni el 96 del Cc., son preceptos aplicables a un régimen económico determinado. Los citados artículos, tienen aplicación general; el primero de ellos, por su inclusión dentro del llamado régimen primario; el segundo, por ser norma para cualquier supuesto de crisis matrimonial, con independencia del régimen económico al que el matrimonio estuviese sometido.

— Determinación de la titularidad sobre la vivienda familiar arrendada.

— Naturaleza y carácter de la atribución judicial de la misma al cónyuge no contratante.

— Problemas que nacen de las relaciones contractuales con el arrendador.

C) Varias son las posturas mantenidas doctrinal y jurisprudencialmente para dar solución a tales cuestiones:

— Aquellas que, partiendo del carácter propio del arrendamiento, otorgan a la atribución de la vivienda en favor del cónyuge no titular, el carácter de alguna de las formas de subrogación previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

— Aquellas que, considerando común el derecho arrendatario, por virtud del carácter familiar de la vivienda sobre que recae, entienden que con la atribución judicial se produce una exclusión en el goce de uno de ellos, sin mutación alguna en el contrato.

— Aquellas que, admitiendo el carácter privativo en determinados casos, otorgan carácter común al arrendamiento tan sólo cuando se contrató constante matrimonio y bajo el régimen de gananciales.

Analizando, como lo haré, tales tendencias, creo que no se ha llegado a resultados excesivamente satisfactorios, por las contradicciones que en algunos casos se plantean entre la Ley de Arrendamientos Urbanos y los postulados del Código civil; así como por los perjuicios que en determinados casos pueden irrogarse a (en cabeza de) los propietarios arrendadores, con evidente menoscabo de la seguridad del tráfico.

Creo, compartiendo la opinión de Rams Albesa (4), que los problemas de fondo en esta cuestión, se encuentran en la falta de previsión legislativa, más allá de los supuestos de titularidad dominical sobre la vivienda familiar.

Ciertamente, en las discusiones parlamentarias al Proyecto de 14 de marzo de 1980, relacionadas con la redacción del artículo 96 del Código civil, se planteó el tema de la titularidad arrendataria (5), pero acaso hubiera sido necesario un tratamiento más mi-

(4) RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, 1987, p. 109.

(5) Dentro del Proyecto de Ley de 14 de marzo de 1980, aparecía el art. 96, con la siguiente redacción:

«El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde mediante las adecuadas compensaciones, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

No habiendo hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias y su participación en los hechos que dieron fundamento a la sentencia lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesario de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados, se requerirá e consentimiento de ambas partes, o en su caso autorización judicial.»

Ni en la redacción inicial señalada, ni en la actual del precepto, se califica de forma alguna, ni el derecho que se atribuye al cónyuge no titular —al que se otorga el uso de la vivienda familiar—, ni, por otro lado, parece tomarse muy en cuenta el hecho

nucioso, con la finalidad de evitar problemas futuros, como de hecho ya se vienen planteando en la actualidad, seis años después (6).

Analicemos cada una de las soluciones que la doctrina y jurisprudencia han venido otorgando al tema, antes y tras las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, y observaremos la gran disparidad de criterios utilizados, y las contradicciones en las que se incurre en algunos casos, al hacerse incompatible la aplicación simultánea de los criterios propios de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, y los utilizados para dar explicación al derecho que nace en el cónyuge no contratante, cuando es éste el adjudicatario de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial.

II. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

A) TITULARIDAD EXCLUSIVA: LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL COMO SUBROGACIÓN ARRENDATICIA

Un amplio sector doctrinal, apoyándose probablemente en la titularidad formal del derecho arrendaticio, que encuentra su origen en la celebración del contrato de arrendamiento como único contratante arrendatario, acude a la Ley de Arrendamientos Urbanos para calificar y explicar los supuestos de atribución de la vivienda familiar, previstos en el actual artículo 96 del Código civil.

Se llega a admitir que, cuando se atribuye la vivienda al cónyuge no titular, se produce una cesión de la posición arrendaticia en favor del mismo, por uno de los cauces siguientes:

de que tal vivienda pueda pertenecer a su titular de forma diferente a la titularidad dominical, prueba de lo cual, queda reflejado en el hecho de la no aprobación, ni discusión de tipo alguno, sobre la enmienda presentada por doña Carmen Solano Carreras (UCD), núm. 235, enmienda a mi entender correcta en cuanto a su planteamiento, y visión de los problemas que en el futuro se podrían plantear sobre el particular. En la misma se proponía la inclusión de un pár. 3.º, del siguiente tenor:

«Las determinaciones familiares sobre la adjudicación de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, si éste no fuera el titular de la misma, especificarán el concepto jurídico de dicha adjudicación, y a la misma no obstará ningún precepto del ordenamiento jurídico español, común o fóral.»

Se justificaba tal enmienda precisamente en el hecho de que la vivienda familiar puede tenerse en concepto de propietario o arrendatario, pudiendo pertenecer en cualquiera de los dos casos, la titularidad exclusiva al cónyuge no adjudicatario de la vivienda, de forma que sería correcto que el juez al determinar la citada adjudicación, estableciera el concepto en que la misma se hace, evitando así los problemas de desahucio a los que se pudiera llegar posteriormente por vía de la LAU.

(V. CC. Reformas 1978-1983, Trabajos parlamentarios II, Cortes Generales, 1985).

(6) Señalaba FUENTES LOJO, la realidad de tal problema, advirtiendo, como ya lo hiciera en un artículo publicado en «*La Vanguardia*», el día 8 de diciembre de 1981: «Hace algunos meses, cuando la mal llamada Ley de Divorcio estaba en el Congreso, sugerimos, en un artículo publicado en este mismo periódico, la necesidad de introducir una norma previendo el problema que podría surgir, si al decretarse la separación o el divorcio, el juez disponía de la vivienda que tuviese en arrendamiento uno de los cónyuges en favor del otro no titular. Nuestra sugerencia no fue oída, la Ley se aprobó, y el tema continúa tan actual como antes...» (FUENTES LOJO: *Suma de Arrendamientos Urbanos*, T. I, en comentario al art. 23 de la LAU, p. 427, Bosch, 1983).

a) Por vía del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (7)

Atribuida la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular de la misma, se produce una cesión inter vivos de los derechos y posición arrendaticia, por mor de la cual, el cónyuge subrogado pasa a ocupar en la relación contractual, la posición que anteriormente tenía su cónyuge.

Por ello, obligado es que se cumplan todos los requisitos exigidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos para la validez de tal cesión; produciéndose igualmente todos los efectos propios de la misma:

a) La cesión efectuada deberá notificarse al propietario de la vivienda en el plazo de dos meses de efectuada (se entenderá, supongo como fecha de la subrogación, la de la firmeza de la sentencia en que se atribuye) —artículo 24-2.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

b) El cónyuge cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento, con la consiguiente pérdida de derechos por parte del titular inicial.

c) Las relaciones de arrendamiento se entablan a partir de tal momento entre el cónyuge subrogado y el arrendador.

d) Posibilidad de aumento de la merced arrendaticia hasta un 15 por 100 —artículo 99-5.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

e) El cónyuge subrogado no podrá posteriormente ceder por la misma vía del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la vivienda arrendada, al no ser la parte contratante...

Los criterios y postura anteriormente manifestada han tenido igualmente reflejo jurisprudencial. En este sentido, podemos remitirnos al análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 10 de noviembre de 1983 (8):

(7) En tal sentido, O'CALLAGAN MUÑOZ: *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, en «AC», núm. 437, año 1986.

El autor señala que concedido el derecho de ocupación al no titular (del derecho arrendaticio), no puede pensarse en la existencia de un derecho real del no titular; existe una cesión de la titularidad por el mecanismo del art. 24 de la LAU, adquiriendo en tal caso la condición de titular del arrendamiento (el cónyuge al que se otorga el uso y disfrute de la vivienda familiar).

En la misma dirección se manifiesta LÓPEZ LÓPEZ, admitiendo igualmente tal tipo de cesión arrendaticia por vía del precitado artículo de la LAU. *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I, del Cc.* (coordinados por el profesor Lacruz Berdejo), comentario al art. 90, p. 617, Civitas, 1982.

ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio —en la legislación actual y en la historia—*, 2.^a ed., editorial Aranzadi, 1984. Sigue un planteamiento semejante, al considerar que es necesario acudir a la notificación prevista en el art. 24-2.^º de la LAU, cuando se adjudica la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento, si el contrato se celebró por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio. Si el contrato se celebró una vez celebrado el matrimonio, considera igualmente conveniente realizar tal notificación para evitar posibles contenciosos (p. 565).

(8) S. Audiencia Provincial de La Coruña de 10 de noviembre de 1983 (Rev. «La Ley», 1984, T. II, pp. 503 y ss.). La citada sentencia refleja fielmente los planteamientos señalados, como podemos observar:

El origen de la sentencia se encuentra en la resolución de un contrato de arrendamiento, por aplicación del párrafo 5 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al considerar como cesión arrendaticia efectuada al margen los cauces legales, la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, por sentencia de separación, sin cumplimentar la obligada notificación de la cesión al propietario de la vivienda.

Dos ideas claras pueden extraerse de los planteamientos establecidos por la citada sentencia:

1. Que el titular del contrato de arrendamiento es aquel que lo celebra, con independencia del carácter familiar o no de la vivienda, así como del momento en que se suscriba por las partes —antes o después del matrimonio del arrendatario—. Resultando igualmente indiferente cuál sea el régimen económico de los cónyuges (9).

2. Que la asignación del uso y disfrute de la vivienda arrendada, al cónyuge no titular, supone una cesión *inter vivos*, prevista en el

Considerando que «... según reiterada doctrina el arrendamiento crea un derecho personal a favor del inquilino o arrendatario, por ello, el titular del inquilinato es siempre el que contrató el arrendamiento con el arrendador, sin que ello menoscabe el derecho que las leyes conceden a su mujer e hijos a la utilización del domicilio conyugal, tanto si el inquilinato se concertó estando casado el inquilino, como si se casó después, por cuanto la situación es la misma en uno y en otro caso; de suerte que si muere el cónyuge del inquilino, la situación del inquilinato no varía, pero si el que muere es el titular del inquilinato se producirá una subrogación en favor del cónyuge supérstite...» (art. 58 de la LAU), pues de admitirse la tesis que sostiene la sentencia recurrida (la sentencia recurrida mantenía la opinión del carácter ganancial del arrendamiento, considerándolo como en mano común, por haberse contratado el mismo constante la sociedad de gananciales) de que la cosa arrendada se disfruta en mano común por ambos esposos, la muerte del titular no supondría una subrogación, y no le sería de aplicación al cónyuge sobreviviente la limitación que para el número de subrogaciones se establece en el art. 59 de la LAU, en contra de lo que de modo claro y terminante se establece en dicho artículo.

Considerando... que de la misma manera si se disuelve el matrimonio por virtud de una sentencia de divorcio, no se alterará la situación arrendaticia si continúa en el disfrute de la vivienda arrendada, al cónyuge que sea del inquilinato, pero si por acuerdo de las partes o por decisión judicial se adjudica la vivienda al otro consorte, *no ofrece duda que se producirá una cesión inter vivos del arrendamiento, permitida por el art. 24 de la LAU...; pero para que tal cesión sea válida y eficaz es preciso que se notifique de modo fehaciente al arrendador, dentro de los dos meses de realizada...».*

(9) En el caso en concreto que da origen a la sentencia, el contrato de arrendamiento se celebró constante matrimonio, y estando sometido éste al régimen de gananciales.

El planteamiento de la misma difiere totalmente del que otorgara el Juzgado de Distrito de Santiago, cuya sentencia fue apelada, dando origen precisamente a la comentada de la AP de La Coruña:

«Al disolverse legalmente el matrimonio, y con él dicha comunidad familiar, y adjudicársele a uno de los cónyuges la exclusiva titularidad de dicho contrato de arrendamiento, no puede en este caso hablarse propiamente y en rigor de una «cesión arrendaticia», porque la supuesta cesionaria no recibe el derecho «ex novo» para ella, sino que se concentra en ella un derecho que durante el matrimonio compartía con su entonces marido en obligada comunidad «en mano común», o sea, que lo que realmente se le atribuye o adjudica es aquello mismo a lo que tenía derecho y que ya venía disfrutando a título propio y en su propio provecho e interés...»

artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con todas las consecuencias que de tal consideración se derivan.

b) Por vía del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

Con la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar arrendada, al cónyuge no titular, se produce una trasmisión de la situación arrendaticia «*ex iudice*», o forzosa, subsumible en el supuesto de subrogación «*mortis causa*» del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tal subsunción se hace posible en virtud de la aplicación analógica permitida por el artículo 8 del mismo cuerpo legal, equiparando, por tanto, a tales efectos subrogatorios, el fallecimiento del titular arrendatario, con los efectos de la separación, nulidad o divorcio (10).

De este modo se vienen a producir semejantes consecuencias a las previstas para el caso de subrogación por actos inter vivos, ante-

(10) Batlle consideró que en todo caso el derecho arrendatario sería común, porque aunque se arriende por uno de los cónyuges, se opera una mutación en el concepto de alquiler de la casa, que se hace común por la necesidad de vida en común, lo que, según el autor, está previsto por la propia LAU, que considera, en atención, precisamente a ese dato, tan sólo la convivencia del cónyuge como base normal para la subrogación de los derechos arrendatarios (art. 58), y como excepción a la regla prohibitiva de la cesión, sin contar con la voluntad del arrendador (art. 24). En cuanto a la naturaleza del derecho que nace en el cónyuge al que se atribuye la vivienda arrendada, tras producirse la separación por sentencia judicial de los cónyuges, señala que: «podría establecerse por decreto judicial la subrogación del inocente en los derechos arrendatarios. Es verdad, que el art. 58 de la LAU se refiere a la subrogación para el caso de muerte, y que este de la separación no está previsto, pero no hay que olvidar el art. 8 de la propia Ley: "En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante, referirse a las materias que esta Ley regular, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los tribunales aplicarán sus preceptos por analogía" ...»

BATLLE, M.: *Cuestiones de derecho matrimonial*, en «RCDI», septiembre-octubre de 1960, núm. 388-389, pp. 577 y ss., en concreto ver p. 595.

Respecto a la postura citada, hay que señalar que se parte de postulados iniciales diferentes a los autores citados *supra*, núm. 7, por cuanto pese a admitirse la existencia de una subrogación «*ex iudice*», se parte de la base de que el derecho arrendatario se hace común por el hecho de existir sobre él la vivienda familiar, contra la idea de la titularidad exclusiva manifestada anteriormente.

Semejante planteamiento parece seguir actualmente LUNA SERRANO; al señalar: «En el caso de que la vivienda en que se halla establecido el hogar familiar estuviera tomada en arriendo, y el beneficiario de su uso no fuera el cónyuge titular del arrendamiento... aunque no parece que pudiera ser considerado como precarista, pues estaría amparado en su situación jurídica por una decisión judicial, para clarificar sus relaciones frente al arrendador podría quizá pensarse en dar lugar a un *derecho de subrogación temporal* —sobre la base ya sugerida en cuanto la disciplina antecedente del Código en el tema de la separación, de la aplicación analógica de la dispuesto en el art. 58 de la LAU (vid. art. 8 de esta disposición legal)— en cuyo caso las relaciones frente al arrendador ya no corresponderían, durante el tiempo de la atribución en uso de la vivienda, al cónyuge primitivo arrendatario y se evitarían para el cónyuge ocupante de la vivienda algunos riesgos, incluido el de verse desahuciado por falta de pago del alquiler por la parte del otro esposo...». (p. 358) (*El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Civitas, 1982).

riormente mencionadas, claro está, con las peculiaridades propias del tipo de cesión que ahora contemplamos:

1. Se adquieren por parte del cónyuge subrogado los derechos y obligaciones inherentes a su nueva posición de arrendatario.

2. El cónyuge titular pierde su posición de arrendatario, desligándose, por tanto, de los derechos y obligaciones que a tal posición le eran inherentes.

3. Con tal cesión, queda consumida una de las posibles subrogaciones permitidas por el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (11).

4. La subrogación así efectuada deberá ser notificada al arrendador de forma fehaciente dentro de los noventa días siguientes a producirse —artículo 58-4.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (12).

c) Las dos vías de atribución analizadas, a partir de una titularidad arrendaticia exclusiva, recurriendo a las posibilidades de transmisión de derechos previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos, para calificar el derecho de uso y disfrute sobre la vivienda que se confiere al cónyuge no titular por vía del artículo 96 del Código civil, vendrían a solucionar los interrogantes que inicialmente nos planteábamos (13), de la siguiente forma:

— En situaciones de normal funcionamiento del matrimonio, la titularidad sobre la vivienda recae en el cónyuge que contrató, y será éste, y no otra persona el que frente al arrendador haya de responder del pago de las rentas, cantidades asimiladas, etc., sin perjuicio, claro está, que en función del régimen económico del matrimonio, las citadas cargas lo sean también de la sociedad conyugal (14).

(11) Art. 59 de la LAU: «Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos «inter vivos» o «mortis causa», sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sino que se autoricen ulteriores subrogaciones, debiendo observarse en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el artículo anterior.»

(12) Aunque los autores no hacen referencia a este requisito, entiendo que de admitirse la tesis de la subrogación por vía del art. 58 de la LAU, habrá de cumplirse con la preceptiva notificación que establece el pár. 4 del art. 58:

«La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino.»

En tal caso, no obstante, considero que el citado plazo comenzaría a contarse a partir del momento en que la atribución es firme, por serlo la sentencia en la que se produce la adjudicación.

(13) Vid. problemas señalados *supra* I B).

(14) Dentro del régimen de gananciales, el art. 1.362 del C.c. establece:

«Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia...

2. La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges...»

Dentro del régimen de separación, establece el art. 1.438 del C.c.:

«los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos...»

De la misma forma, todos los derechos dinamantes del contrato, habrán de ser ejercitados por el citado cónyuge contratante, aunque su ejercicio, sin embargo, quede limitado por la exigencia del consentimiento de su cónyuge, si del mismo se deriva una disposición de los derechos sobre la vivienda.

— Disuelto el matrimonio, o declarada judicialmente la separación del mismo, con la correspondiente adjudicación al cónyuge no contratante, quedan igualmente configuradas las posiciones de las partes.

El cónyuge cesionario aparece como subrogado, obligado frente al arrendador, de forma que la relación contractual se entabla exclusivamente entre ambos.

B) TITULARIDAD COMÚN: NATURALEZA DE LA ATRIBUCIÓN

Ya hemos señalado más arriba que no era nuestra intención centrar el problema de la vivienda familiar sobre el estudio de un régimen económico concreto, sin embargo, al hablar del «carácter común de la vivienda familiar», obligada es la referencia al régimen de gananciales, al menos sea para diferenciar desde el principio dos posturas diferentes sobre la idea de comunidad:

1.^a La que admite el carácter común del arrendamiento concertado por uno de los cónyuges, porque al mismo se le atribuye la condición de ganancial.

2.^a La que admite el carácter común del mismo por el hecho de recaer tal arrendamiento sobre la que constituye la sede de la familia o del matrimonio.

Haremos una breve referencia a la primera postura, para dejar claras las consecuencias y diferencias frente a la segunda.

a) Arrendamiento común. Arrendamiento ganancial

Sometido el matrimonio al régimen de la sociedad legal de gananciales, algunos autores consideran que el contrato de arrendamiento celebrado constante matrimonio por un sólo de los cónyuges, atribuye al derecho arrendatario la condición de ganancial.

Tal es el planteamiento de autores como Lacruz Berdejo (15), que,

Ante la existencia de estos preceptos, observamos como, en todo caso, el mantenimiento del hogar familiar se considera como una carga del matrimonio, carga que recae sobre ambos. Sin embargo, tal carga lo es desde el punto de vista de las relaciones que nacen entre los cónyuges, por su sometimiento a un régimen u otro; sin embargo, ello no implica que frente al arrendador la carga no sea exclusivamente del cónyuge arrendatario.

(15) Manifiesta Lacruz Berdejo, que, pese a los problemas que existen sobre la calificación del contrato de arrendamiento, dentro de la sociedad de gananciales, considera que sucedió este constante matrimonio, aun por uno sólo de los cónyuges, si el

régimen del matrimonio es el de gananciales, el arrendamiento tendrá la condición de ganancial:

«Un tema no resuelto por el Cc. es el de la naturaleza de los arriendos —en particular los de inmuebles— concluidos por un cónyuge constante: la comunidad.... La Ley es muy poco expresa en este punto: tanto el Cc. como la LAU. Los arts. 1.346 y 1.347 del Cc., están redactados pensando en cosas y derechos sobre ellas; a lo más, en derechos de crédito, pero no en posiciones contractuales mixtas de obligación y derecho, como la del arrendatario, obligado a pagar la renta. Ahora bien, ello no es motivo para relegar a tales posiciones, sin más, al grupo de los bienes privativos, como si la simbiosis de derecho y deber hicieran imposible su trasferencia al consorcio... Los dos (los cónyuges), son entonces *cónyuges titulares*, a los efectos del art. 96 del Cc., que cuando habla de cónyuge no titular, no pretende negar la posibilidad de un arrendamiento común, sino referirse al caso de la propiedad individual de la vivienda o el arrendamiento por un esposo antes de la boda...»

(Tal valoración, entiendo, se hace teniendo en cuenta que el régimen económico matrimonial sea el de gananciales, y que el contrato de arrendamiento se celebre una vez contraído matrimonio. Cuestión diferente es que se realice el contrato con anterioridad, o que el régimen económico del matrimonio no sea el de gananciales expresado. Ahora bien, el carácter común que se predica por el autor deviene de la ganancialidad del mismo, no del hecho de su condición de vivienda familiar que le otorgue tal carácter). LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, IV, en «Derecho de familia», Bosch, 1984, p. 420-1.

Planteamiento semejante parece seguir Rebolledo Varela, al indicar, refiriéndose al arrendamiento concertado constante matrimonio, en régimen de gananciales;

«Que tratándose de arrendamientos, concertados vigente matrimonio y bajo el régimen de gananciales, ambos cónyuges son cotitulares a efectos de los arts. 24 y 58 de la LAU, sin que a ello sea oponible la dicción literal del art. 24, que habla de «inquilino que hubiera celebrado el contrato», entendiéndolo referido a aquel que firma el documento.

Esta forma de ver las cosas no supone, en absoluto, que estos artículos de la LAU queden sin contenido, por lo que se refiere al cónyuge en general. Estamos ante un supuesto en que el Cc. permite considerarlo también como titular del arrendamiento, aunque de forma expresa no figure en el contrato, cuando el arrendamiento ha sido concertado vigente matrimonio y bajo el régimen de gananciales; argumento no aplicable, al menos, con igual fundamento, cuando el régimen económico sea el de separación de bienes o el arrendamiento se haya celebrado antes del matrimonio: aquí sí hay cesión o subrogación del cónyuge, en cuanto *no hay base para mantener la cotitularidad...*

REBOLLEDO VARELA, A.: *La vivienda familiar y la LAU* (comentario sobre la sentencia de la AP de La Coruña citada de 10 de noviembre de 1983), «La Ley», 1984, II, pp. 503 y ss.

Vázquez Gundin, al estudiar el alquiler celebrado constante matrimonio, atribuyó igualmente carácter ganancial al mismo, al señalar:

«Que el arrendamiento es un contrato fundamentalmente oneroso, de los otorgados a título oneroso, es indudable. Por consiguiente, contrátese a nombre del marido, que es lo corriente, contrátese a nombre de la esposa, el arrendamiento o alquiler es un bien, cosa o derecho ganancial, con las particularidades correspondientes a un contrato semejante de trato sucesivo sobre la propiedad ajena...»

El autor, no obstante, planteaba ya los problemas derivados de tal calificación, a la hora de disolverse la sociedad de gananciales por muerte de cualquiera de los cónyuges (único supuesto previsto en tal momento) al indicar:

«En general, se tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 1.426, de que el remanente líquido se divide por mitad entre las dos personas o ramas llamadas a distribuirse los bienes gananciales.

Ahora bien, en un arrendamiento no puede imponerse al propietario de la cosa arrendada la partición en dos mitades, ni el carácter comúnmente personal y restrictivo de dicho contrato suele ser muy propicio a extenderlo más allá de los cónyuges; ...resulta pues, que la partición ordinaria no puede extenderse a los arrendamientos.

Pero eso no quiere decir que los contratos durante el matrimonio hayan de circunscribirse al disfrute por el marido; antes al contrario, deben suponerse otorgados para ambos esposos que constituyen la comunidad conyugal...»

no obstante, estudia el arrendamiento entre las figuras de difícil calificación dentro de la sociedad de gananciales.

Un criterio semejante ha seguido la jurisprudencia marcada por nuestros tribunales (16), dejando constancia de la «titularidad en mano común», que ostentan ambos cónyuges sobre el derecho arrendatario, siguiendo ciertamente los postulados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la DGRN sobre la naturaleza germánica de la comunidad ganancial.

Admitir el carácter ganancial del arrendamiento así celebrado, nos lleva a admitir que a los efectos del artículo 96 del Código civil ambos cónyuges serían titulares de la vivienda familiar (17).

Fuera del supuesto mencionado, el criterio es el de admitir que si la vivienda fue arrendada por un cónyuge antes de contraer matrimonio, o sometido el mismo a régimen de separación, por ejemplo, pertenece ésta privativamente al contratante (18).

VÁZQUEZ GUNDÍN: *Falsa expresión de la Ley. Arrendamientos Matrimoniales*, en «RCDI», 1946, pp. 443 y ss., en concreto ver p. 445.

Semejantes dudas a las anteriormente manifestadas plantea FONSECA GONZÁLEZ; al estudiar, ya respecto a la actual regulación de la sociedad de gananciales, la dificultad para valorar el arrendamiento como ganancia partible al disolver el régimen. Señalando al mismo tiempo que tal arrendamiento no encuentra cabida en los arts. 1.406-4.^º y 1.407, ni en el 1.397 del Cc.

Sin duda, señala, el arrendamiento cumple una función dirigida a cubrir una necesidad familiar más que a la creación de un derecho inventariable, considerado como ganancia o beneficio...

La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la Sociedad de Gananciales, en «RDP», 1983, pp. 261 y ss.

(16) Se refieren a la ganancialidad del derecho arrendatario sentencias como la del TS de 24 de febrero de 1956 y la de 30 de noviembre de 1960:

«Que la demanda, ex-esposa del demandante no es un precarista frente a éste, pues habiendo contratado el marido el inquilinato de la finca en cuestión el 26 de enero de 1952, título de su posesión constante matrimonio... en cuyo piso objeto de aquel contrato se estableció la familia, los esposos y sus hijos; es indudable que esa adquisición, como todas las realizadas por cualquiera de los cónyuges constante matrimonio, ha de estimarse ganancial, por cuanto ese es el régimen, el de gananciales, presunto en Castilla, y por consiguiente, disuelta la sociedad, ha de sujetarse ésta a su liquidación, y quienes miembros de esta comunidad poseen, no pueden decirse precaristas, sino copartícipes por efectos de aquella presunción...»

Igual criterio se desprende de la sentencia del Juzgado de Distrito de Santiago núm. 1 (sentencia apelada ante la AP de La Coruña, vid. nota 9).

(17) Entiendo que la titularidad a la que hace referencia el citado art. 96 presupone la exigencia de titularidad real, no puramente formal como pueda ser la que ostenta un cónyuge formalmente, bajo el régimen de gananciales, por ejemplo, aunque la titularidad material corresponda a ambos cónyuges, por ser un bien de naturaleza ganancial.

(18) Tal es el planteamiento de los autores señalados, v. nota 15.

Se manifiesta igualmente en el Auto del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 18 de Madrid, dictado en diligencias de depósito de mujer casada, considerando como bien parafenal el derecho de arrendamiento de que era titular la esposa, con anterioridad al matrimonio:

«Que doña F. ha justificado con el contrato de inquilinato... recibos de alquiler, e incluso por el reconocimiento expreso de su marido, que por lo menos desde principios de junio de 1939 es la titular arrendataria... del cuarto... en el que... al contraer matrimonio... en 1948 con DA., fue éste a vivir... por lo que el carácter parafenal de tales bienes y derechos resulta de lo dispuesto en los arts. 1.381 y 1.382 del Cc...»

b) El carácter común del arrendamiento derivado del carácter familiar de la vivienda

Dentro de tal posición, se parte de la base de que celebrando un contrato de arrendamiento sobre una vivienda, con la finalidad de que la misma constituya el hogar familiar, o si llega a constituirlo efectivamente, tal arrendamiento se considera común a ambos cónyuges, con independencia del régimen económico al que ambos se someten, del momento de la celebración del contrato y de quién fuera el cónyuge que formalmente aparece como arrendatario.

Tal planteamiento se acerca, en determinados casos, al sistema legalmente establecido para la vivienda familiar arrendada, en determinados ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el francés o el belga (arts. 1.751 y 215 de sus respectivos Cc.) (19).

— El artículo 1.751 del Código civil francés atribuye carácter común a la vivienda arrendada, por el hecho de constituir la sede de la familia, con independencia del régimen económico del matrimonio, así como del momento de la adquisición del derecho y de quién fuera efectivamente la parte contratante-arrendataria.

Tal carácter común, da origen a una solución concreta para el

Con la admisión del carácter, entonces parafernial de la vivienda arrendada, se admite indirectamente que fuera de aquellos casos en que el arrendamiento se celebrara constante matrimonio, el mismo no tiene la condición de arrendamiento común, sino privativo del cónyuge que lo contratará efectivamente.

(19) Señala el art. 1.751 del Cc. francés:

«El derecho de arrendamiento de local, que no tenga carácter profesional o comercial, que constituya efectivamente la habitación familiar de los esposos, es, cualquiera que sea el régimen económico entre los esposos, y, no obstante, toda convención en contra, lo mismo si el arrendamiento se concluyó antes del matrimonio, reputado como perteneciente a uno y otro esposo.

En caso de divorcio o de separación de cuerpos, este derecho podrá ser atribuido, considerando los intereses sociales y familiares existentes, por el juez que conozca de la demanda de divorcio o separación, a uno de los dos esposos, con la reserva de los derechos de recompensa o indemnización en favor del otro esposo.»

Quizá el criterio recogido por el citado precepto es el que quiso seguir el legislador del proyecto inicial de la Ley en el art. 96 del Cc., al incluir la necesidad de *compensación*, en el pár. 1.^o

Por su parte, el art. 215 del Cc. belga, establece:

1. Un esposo no puede sin el consentimiento del otro disponer entre vivos, a título oneroso o gratuito de los derechos que pesan sobre el inmueble que sirve de domicilio principal a la familia, ni hipotecar este inmueble.

Si el esposo cuyo acuerdo es necesario, lo denegare, sin motivos graves, el otro cónyuge podrá pedir autorización del Tribunal de 1.^a Instancia, y en caso de urgencia al presidente de este Tribunal para formalizar el acto él sólo.

2. El derecho al arrendamiento del inmueble arrendado por cualquiera de los cónyuges incluso antes del matrimonio, y afectado en todo o en parte para vivienda principal de la familia, pertenecerá conjuntamente a ambos cónyuges, no obstante cualquier convenio en contrario.

Los desahucios, notificaciones y mandamientos judiciales, relativos a dicho arrendamiento deberán dirigirse o notificarse separadamente a cada uno de los esposos o emanar de ambos.»

caso de atribución como consecuencia de una crisis matrimonial, prevista en el párrafo 2 del citado precepto; la atribución exclusiva de tal derecho arrendatario en favor de uno de los cónyuges, en virtud de sentencia judicial, se viene a considerar como una atribución preferencial inter vivos, que produce la pérdida de todos los derechos arrendatarios por parte del otro cónyuge (cotitular anterior del arrendamiento), pero que a su vez supone una atribución a título oneroso, puesto que el cónyuge cesionario habrá de indemnizar al otro, bajo forma de recompensa a la comunidad, o bajo forma de indemnización.

Tal regla es de aplicación precisamente para aquellos arrendamientos sometidos a la Ley de 1 de octubre de 1948 —Ley arrendaticia— (20).

Por otro lado, el carácter común que se predica de la vivienda familiar en arrendamiento, supone la existencia de un proindiviso sobre la misma entre los cónyuges, sin que se traduzca de forma diferente según el régimen matrimonial existente entre los cónyuges (21).

— El artículo 215 del Código civil belga establece la misma solución de comunidad, estableciendo por su parte reglas concretas para la buena marcha de la relación externa con los arrendadores.

(20) PONSARD (AUBRY ET RAU): *Droit Civil français*, T. VII, 7.^a ed., LT.1973, pp. 56 y ss.

(21) Señala PONSARD (*Ob. cit.*, nota 105) que la Ley, al atribuir la condición de común al arrendamiento, crea una ficción jurídica para introducir una solución nueva. Tal atribución no debe considerarse como parte de la comunidad matrimonial, si los esposos están casados bajo tal régimen, sino como titularidad indivisa entre ellos.

Tal postura se mantiene frente a aquellos que consideraban que el carácter común del derecho de arrendamiento debería traducirse de manera diferente según el régimen matrimonial de los cónyuges (de forma que si el régimen era el de comunidad, el derecho de arrendamiento debería ser considerado como perteneciente a tal comunidad) (En tal sentido, PATARIN, en *RTDC*, 1962, pp. 421-454).

Al considerar común de tal forma el arrendamiento, y no ganancial, se imponen consecuencias, sigue señalando, como el hecho de que si el arrendador pretende resolver el contrato de arrendamiento, necesariamente habrá de dirigirse a ambos cónyuges, porque si no lo hace, su reclamación frente a uno de ellos sería inoponible al otro.

Mantiene igualmente este planteamiento la Jurisprudencia francesa: S. de 13 de noviembre de 1965 (Cour d'appel de Paris, DS 1966-54): «Que en los términos del art. 1.751, modificado por la Ley de 4 de abril de 1962, el derecho de arrendamiento de la vivienda que constituye efectivamente el domicilio de los esposos es cualquiera que sea su régimen matrimonial, y, no obstante, toda convención en contrario, lo mismo si el arrendamiento se ha concluido antes del matrimonio, se considera que pertenece a uno y otro cónyuge, y está juríspudencialmente reconocido, que el esposo no firmante del arrendamiento, se considera cotitular con el que lo concluyó aun antes de la Ley. Considerando entonces que el arrendamiento es indiviso... todos los actos extrajudiciales deben ser comunicados a ambos esposos...»

(En igual sentido, S. de 1 de marzo de 1967, Amiens, DS 167- somm 110).

Sobre la naturaleza del derecho común atribuido a ambos esposos, como pro indiviso, y no determinable en función del régimen económico del matrimonio en concreto, la S. de 22 de octubre de 1966 (Cour d'appel de Paris) DS 1967. 471. (Señala que lejos de instituir entre los esposos una comunidad particular, en la que el marido sería el jefe, el art. 1.751, dispone que el arrendamiento se considera común a uno y otro esposo, creando una indivisión que confiere a cada uno de ellos derechos y obligaciones idénticos, de forma que cuando el desahucio ha sido sólo opuesto frente al marido, éste resulta válido, sin que, sin embargo, el mismo puede oponerse a la esposa, la cual continúa teniendo la condición de arrendataria...).

Sobre la base de este planteamiento inicial, nos interesa analizar:

a) Cuáles son las motivaciones y planteamientos que en concreto conducen a considerar común el derecho arrendaticio sobre la vivienda familiar, teniendo en cuenta la ausencia de preceptos como los anteriormente mencionados, existentes en los ordenamientos jurídicos vecinos.

b) Cuáles son las soluciones propuestas para calificar el derecho que se atribuye al cónyuge ocupante de la vivienda familiar, tras adjudicársele por sentencia de separación, nulidad o divorcio.

1. *Motivaciones*

El carácter común mencionado se venía apoyando con anterioridad a las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, en la mutación operada en el alquiler de la casa-habitación, que se hacía común (aun alquilada con anterioridad al matrimonio) por la necesidad de vida común de los cónyuges, establecida por el artículo 56 del Código civil (22), y por el hecho de que normalmente los gastos derivados del mantenimiento de la vivienda habían de ser atendidos con el patrimonio común, sobre la base de lo establecido por el párrafo 5.^º del artículo 1.408 del Código civil (23).

A tal valoración se unía quizás, el hecho de que el artículo 68 del Código civil (antecedente en cierto modo de los actuales arts. 103 y 96 del Cc.) hablase de «la vivienda común», frente al actual calificativo de «vivienda familiar» (24).

Actualmente, tras las mencionadas reformas, las tesis que apoyan el carácter común de la vivienda familiar arrendada, lo hacen, en su mayoría, basándose en la interpretación de los artículos 1.320 y 96 del Código civil en su actual redacción, dejando igualmente al margen de sus planteamientos el régimen matrimonial vigente entre los cónyuges.

Se habla para algunos autores de la existencia de una coposición real de ambos cónyuges sobre el derecho arrendaticio, no prevista en el artículo 445 del Código civil, aunque la titularidad formal pertenezca tan sólo a uno de ellos (25); afirmándose de forma más tajante

(22) Establecía el anterior art. 56 del Cc.: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

(23) Art. 1.408 del Cc.:

«Serán de cargo de la Sociedad de Gananciales:

...5. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges». (Vid. en este sentido lo indicado al final nota 14).

(24) Lo que podía hacer pensar que ya desde el principio el legislador le estaba atribuyendo tal carácter comunitario, o de cotitularidad sobre la citada vivienda.

(25) Así, ROCA TRIAS, p. 612;

«Efectivamente, en el Código civil, para los matrimonios regidos por sus disposicio-

por otros, como Sancho Rebullida (26), que el arriendo concertado por un cónyuge constante matrimonio —o antes en contemplación al mismo— para hogar familiar, tiene la condición de arrendamiento conjunto.

En escasas ocasiones se ha manifestado la jurisprudencia de los tribunales sobre este punto, al menos sea directamente, salvo para calificar la ganancialidad o no del derecho arrendaticio, pero sin atribuir normalmente el carácter común a la vivienda familiar arrendada por razón diferente que no sea la indicada ganancialidad (27). No obstante, recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciando sobre este punto en su sentencia de 31 de octubre de 1986 (28).

nes, aún en régimen de separación de bienes, la vivienda familiar se usa en común por ambos esposos; existe pues, una real coposesión, en el sentido de que posee más de una persona la misma cosa, aunque se trate de algo cuya titularidad exclusiva corresponda a uno sólo de los cónyuges. Se trata de una situación no prevista en el art. 445 del Cc., por cuanto se trata de una comunidad familiar básica en la que, de hecho, ambos cónyuges poseen... Cuando por acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, o por disposición judicial se atribuye a un cónyuge el uso de la vivienda familiar excluyendo al otro... lo que ocurre es más simple: se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva por aquel a quien se ha atribuido el derecho a usar la vivienda.» (Comentario art. 96, *Comentario a reformas de Derecho familia. I*, Técnicos, 1984).

(26) SANCHO REBULLIDA (LACRUZ-SANCHO): *Elementos...*, ob. cit., p. 272.

(27) Viv. nota 16.

Alguna sentencia, no obstante, plantea el carácter común de la vivienda familiar en función del criterio de unidad matrimonial, al menos sea veladamente; tal es el caso de la S. de 27 de junio de 1980 de la AP de Tarragona, en la que tras analizarse si existe causa de resolución de un contrato de arrendamiento por vía del art. 62-4.^º de la LAU (ocupación por el inquilino de dos o más viviendas en la misma población sin ser indispensables), cuando una de las viviendas era ocupada por la esposa y la otra por el esposo, ambos separados legalmente, se señala:

«Y si bien en casos de matrimonio, se entiende que dentro del concepto de inquilino no cabe incluir también a la esposa, cuando sea ésta la que tenga a su disposición la otra vivienda, en virtud del principio de unidad matrimonial... no puede extenderse el mismo a aquellos supuestos en que existe separación matrimonial, bien sea legal o de hecho, ya que en tales supuestos se quiebra el citado principio de unidad matrimonial...»

(28) S. del TC núm. 135/86, de 31 de octubre («La Ley», 15 de enero de 1987, 657-TC) de la que recogemos algunos de sus fundamentos jurídicos:

«Sexto: ...Es evidente que en el caso presente no se puede negar a la que recurre esa atribución y relación con la cosa, es decir, su derecho a la posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión (posesión indivisa admitida por el art. 445 del Cc.). Será así, la del marido una titularidad formal a los efectos de terceros e incluso procesal caso de contienda...»

Como oportunamente recuerda el MF, el art. 96 «in fine»,... prescribe que para disponer de la vivienda, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes, o, en su caso, autorización judicial. Esto indica, aparte de que el precepto parece referirse a la disposición dominical (enajenación o gravamen) que, en buena interpretación no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho «ope legis» o lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura. Igual atribución, por otra parte, y para situaciones normales... establece el art. 1.320:... Normas ambas que

Merece creo, algún comentario la citada sentencia, que encuentra su punto de partida en unos hechos cada vez más comunes:

Por sentencia de separación se atribuye a la esposa e hijos del matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar, que fuera arrendada por el marido como único contratante arrendatario (29). La propietaria y arrendadora del piso, ante la falta del pago de las rentas, interpone la correspondiente demanda de desahucio por falta de pago contra el marido (único firmante del contrato como arrendatario); la esposa, enterada del procedimiento, reclama ser parte en el mismo, lo que se le deniega, incluso en apelación, por no ser parte material en la relación arrendaticia, ni, por tanto, legitimada por ser parte en el proceso.

Ante la rebeldía del esposo, se decreta el desahucio solicitado, recurriendo la esposa en amparo, ante el Tribunal Constitucional, ante lo que considera manifiesta indefensión.

El Tribunal Constitucional, que concede el amparo solicitado, *resuelve* adoptando una postura favorable al carácter común del arrendamiento, precisamente con apoyo en los citados artículos 1.320 y 96 del Código civil. Estos son sus argumentos:

1. Existencia de carácter coposesorio del arrendamiento sobre la vivienda, derecho que nace mediante el contrato celebrado por el marido, que, sin embargo, no ostenta la exclusividad ni de la titularidad ni de la posesión —coposición admitida por el artículo 445 del Código civil—. Fundamento de D.^º 6.^º

2. El párrafo 4.^º del artículo 96 del Código civil atribuye a ambos cónyuges el derecho que el contrato de arrendamiento configura, de la misma forma que el artículo 1.320 lo hace para situaciones normales del matrimonio. Fundamento de D.^º 6.^º

3. El artículo 96-4.^º, crea un litisconsorcio pasivo necesario, considerando que ambos cónyuges se encuentran en la misma situación contractual, debiendo, por tanto, ser demandados ambos para la resolución del contrato de arrendamiento.

Parece pues, que cuando los artículos 1.320 y 96 exigen el consentimiento de ambos cónyuges para la validez, tal consentimiento se interpreta como codisposición que implica la cotitularidad sobre la vivienda familiar arrendada.

corresponden a la tónica moderna legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario.

Séptimo:.... Es evidente, en efecto, que el art. 96 del Cc., ha creado un litisconsorcio pasivo necesario, al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento, con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual...»

(29) No consta en los antecedentes fácticos mencionados en el FD 4.^º, si la vivienda se alquiló antes o constante matrimonio, ni siquiera cuál era el régimen económico del matrimonio. Esto pone en evidencia el planteamiento del TC, que prescinde de tales datos porque la atribución del carácter común de la vivienda arrendada corre por derroteros diferentes al análisis sobre la posible ganancialidad o no del derecho.

2. *Naturaleza del derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada*

La solución difiere, evidentemente, de la otorgada por aquellos que estiman que el arrendamiento es privativo del cónyuge contratante, tanto si se apoya la vía de la subrogación del derecho, como si el camino elegido es diferente.

Si se parte de que constante matrimonio, en todo caso la titularidad deviene común a ambos cónyuges, el derecho del cónyuge no firmante del contrato nunca podrá tener su origen en una subrogación, sino en el propio contrato inicial, pese a que determinados autores admiten la existencia de tal subrogación aun partiendo de la idea de comunidad (30).

Siguiendo este criterio y los planteamientos anteriormente mencionados, se afirma:

a) Por algunos, que al atribuirse judicialmente la vivienda al cónyuge no firmante del contrato, se produce una supresión de la situación posesoria compartida, para dar paso a una posesión exclusiva de aquel de los cónyuges a quien se ha atribuido el derecho. De esta forma, el título que ostenta el cónyuge cesionario, no es otro que el de poseedor, siendo sus obligaciones las que derivan de la posesión (31).

b) Por otros, como Sancho Rebullida (32), que cuando el juez adjudica el uso del piso o casa alquilada a uno de los cónyuges, se concentra en él, a efectos de goce del inmueble y pago de la renta, la titularidad arrendaticia, y sin que ello suponga cesión, trasmisión, subrogación, sucesión, ni novación en el contrato de arrendamiento, sino adaptación del elemento subjetivo del mismo a la situación legal del matrimonio.

c) Ambos criterios son utilizados igualmente por la anteriormente citada sentencia del Tribunal Constitucional, al considerar al cónyuge adjudicatario de la vivienda como arrendamiento de la misma, manteniendo posición semejante a la del firmante del contrato.

Sin embargo, la citada sentencia parece seguir cauces diferentes postulados por Sancho Rebullida, en la medida en que mientras el citado autor excluye de la relación al cónyuge contratante, tras la adjudicación al otro, el Tribunal Constitucional parece admitir que aun tras la citada exclusión de uno de los cónyuges en el uso de la vivienda, tan obligado al cumplimiento de las obligaciones dima-

(30) Vid., en este sentido, la opinión de BATLLE en nota 10.

(31) ROCA TRIÁS, E.: *Ob. cit.*, p. 612. También hace semejante mención ISAAC AGUILAR: *Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal*, en «RCDI», 1986, núm. 577, p. 1730, recogiendo tal postura como mayoritaria de la doctrina.

(32) SANCHO REBULLIDA: *Elementos..., ob. cit.*, p. 272.

nantes del contrato, lo es el cónyuge excluido como el adjudicatario de la vivienda; debiendo, por tanto, el propietario arrendador, en todo caso, demandar el cumplimiento a ambos cónyuges.

III. POSICION CRITICA. PLANTEAMIENTO DE POSIBLES SOLUCIONES

A)

a) Ante la atribución como subrogación de derechos arrendaticios

Como hemos podido observar (33), ampararse en las soluciones subrogatorias previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos para calificar el derecho que nace en la persona del cónyuge adjudicatario de la vivienda familiar, resultaría en determinadas ocasiones más beneficioso para la seguridad del tráfico, y con ello para la posición del arrendador de la vivienda.

No creo, sin embargo, que este sea el cauce adecuado para la calificación del derecho. Existen, a mi entender, algunas razones que imposibilitan tales planteamientos:

1. *Carácter temporal de la atribución frente al definitivo de la subrogación*

Tanto el artículo 103, párrafo 2.^º, del Código civil, como el artículo 96 del mismo cuerpo legal, prevén la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar con un carácter temporal (34):

a) En el primer supuesto —artículo 103— porque se establece la posible atribución de la vivienda familiar en fase de medidas provisionales. La temporalidad de la atribución, por tanto, se encuentra en la propia provisionalidad de las medidas en las que se confiere.

La atribución del uso de la vivienda se produce una vez admitida

(33) Vid. *supra* I A) respecto a las conclusiones a las que se llega de admitir la existencia de subrogación arrendaticia, en cuanto a las relaciones entre el arrendador y el subrogado.

(34) Art. 103: Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...»

Art. 96: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar... corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular...»

a trámite la correspondiente demanda de separación, nulidad o divorcio, y mantiene su vigencia mientras dura el procedimiento correspondiente hasta la firmeza de la sentencia.

b) En el segundo supuesto —artículo 96 del Código civil— es el propio precepto el que marca tal carácter temporal, aunque, ciertamente, por motivos diferentes a los señalados en el supuesto anterior:

— *En el párrafo 1.º*, se contempla la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en atención al ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos menores, y, en definitiva, teniendo en cuenta la existencia de los mismos y la necesaria protección de su entorno familiar (35).

Por ello, si como señala Luna Serrano (36), nos encontramos ante la atribución de un derecho subjetivo «per relationem», al alcanzar la mayoría de edad los hijos (37), o dejar de depender efectiva-

(35) Lo que implica considerar que tal atribución se haga a los hijos de la misma forma que al cónyuge —ostentando semejante posición y derechos—, valoración que, según opina Sancho Rebullida, supondría acudir a una interpretación literal del precepto, al suponer que el derecho a los hijos sea de la misma naturaleza que el del cónyuge que mantiene la guarda y custodia sobre los mismos. Frente a tal interpretación literal, señala el autor, cabe oponer que, el propio art. 94-4.º del Cc. sólo pone límites a la enajenación de la vivienda cuando el uso de la misma corresponde al cónyuge no titular, de forma que si el que ocupa la misma es el cónyuge titular, no existe tal limitación dispositiva (ni, por tanto, la exigencia de que se acudiera al necesario consentimiento de los hijos supuestamente titulares del derecho atribuido, según esa interpretación literal). SANCHO REBULLIDA: *Elementos del Derecho civil*, ob. cit., nota 8, pp. 259 y ss.

En sentido contrario se manifiestan, sin embargo, autores como Cobacho Gómez, que manteniendo el carácter asistencial de la medida, considera igualmente a los hijos como titulares de la vivienda:

«Al atribuirse el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge con que conviven, parece que los hijos menores o incapacitados son titulares de un derecho de goce conjunto con dicho cónyuge, y ello con independencia de la titularidad sobre la vivienda...» (*El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos*, en «Rev. Derecho», de Murcia, 1985).

Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, parece evidente que la atribución de la vivienda en el supuesto del número 1 del artículo 96, se produce en favor esencial de los hijos, al señalar: «No resulta difícil apreciar que la resolución viene dada casi independientemente del cónyuge y con la sola atención de la residencia de los hijos menores. No es posible que éstos inicien una peregrinación domiciliar a partir del día de la separación de sus padres; por eso, la ley dispone: la casa y el ajuar familiar para los hijos. Se aprovecha de ello el cónyuge a cuyo cuidado quedan.» (*Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, ley 30/1981, de 7 de julio, edita «R.D.P.», Madrid, 1981, p. 422).

(36) LUNA SERRANO: *Ob. cit.*, p. 357.

(37) Carece en este punto el precepto del carácter contundente que le otorgaba la redacción propuesta al pár. 1.º del art. 96 la enmienda núm. 373 presentada al Proyecto de Ley por el PNV:

«El uso de la vivienda familiar (corresponderá) a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan, hasta que alcancen éstos la mayoría de edad...»

Tal modificación se justificaba en la necesidad de evitar la permanencia del cónyuge no titular en la vivienda «in eternum». No obstante, y si bien, la finalidad perseguida me parece correcta, creo que el establecimiento de tal plazo —la mayoría de edad de los hijos— como límite a la permanencia en la vivienda familiar, hubiera resultado injusto, por cuanto la mayoría de edad no determina en la mayoría de los supuestos

mente de sus padres y alcanzar de forma definitiva vida independiente, la causa o razón de ser de la atribución de la vivienda cesa, dejando de tener sentido que continúe gozando de la misma el cónyuge adjudicatario.

En definitiva, pues, si los hijos son la causa de la atribución, ya desde el origen de la misma se prevé que no va a durar definitivamente, sino tan sólo el tiempo en que la causa exista.

— Idéntico argumento al anterior será aplicable al supuesto previsto en el *párrafo segundo*, para el caso de que la decisión judicial sea la de atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular de la misma, con el que queden parte de los hijos.

También en tal caso, entiendo que la atribución depende, en cuanto a su duración, del ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores, aunque quizás puedan tenerse en cuenta en este caso también intereses diferentes, como los mencionados en el párrafo tercero, al que hacemos referencia a continuación:

— *El párrafo tercero*, aunque no determina un límite de tiempo concreto, como propusiera el PNV en una enmienda presentada al Proyecto de Ley sobre el artículo 96 (38), sin embargo, establece de forma clara el carácter temporal de la atribución, dejando en manos del juez la determinación en concreto de la misma: (por el tiempo que prudencialmente se fije... podrá atribuirse el uso al cónyuge no titular,... no existiendo hijos...).

Al analizar, pues, las posibles vías de atribución judicial de la vivienda familiar, observamos que en todos los supuestos, no se adjudica ésta con un carácter definitivo. Tal planteamiento se opone a las formas de atribución en favor de un cónyuge previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos en sus artículos 24 y 58.

Los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, contemplan en todo caso, una transmisión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento con un carácter definitivo, de forma que transmitido el derecho, no cabe su recuperación posterior, salvo, claro está, que se produzca una nueva subrogación si ello fuera posible (39).

la existencia de independencia de los hijos, por lo que parece más correcto que fuera el juez, el que atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, determine un límite en tal permanencia.

(38) El PNV proponía en la enmienda núm. 347 presentada al Proyecto de Ley sobre el citado párrafo, el establecimiento de un límite temporal determinado, para evitar la permanencia «*in eternum*» del cónyuge en la vivienda:

«No habiendo hijos... por el tiempo que prudencialmente se fije, y que no excederá en ningún caso de dos años...»

Considero más flexible y adecuado el sistema establecido en la actual redacción, siempre y cuando el juez efectivamente establezca tal plazo en la sentencia, o en todo caso las condiciones para la extinción del derecho, atendiendo a cada supuesto de crisis matrimonial concreta.

(39) En tal sentido, FUENTES LOJO: *Ob. cit.*, p. 427. ROCA TRÍAS: Comentario al art. 96 del Cc. en *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, vol. I, Tecnos, pp. 607 y ss. RAMS ALBESA: *Ob. cit.*, p. 112.

Si admitimos, no obstante, que la atribución ha supuesto una subrogación de las previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ¿qué ocurriría en el previsible supuesto de que el juez llegue a extinguir el derecho atribuido al cónyuge no titular? (40).

Se ha dicho, quizá con la finalidad de dar explicación a este problema, que tal cesión de derechos y obligaciones resulta ser de «ida y vuelta» (41), porque el titular no usuario recuperaría su posición en el momento de la extinción del derecho del cónyuge usuario. Tal postura, no obstante, aparte de crear un tipo de cesión no prevista por la Ley de Arrendamientos Urbanos, sería el origen de una situación de inseguridad para el propietario de la vivienda, quien de buenas a primeras se encontraría con un nuevo cambio, al recuperar el titular inicial, su condición de arrendatario, una vez extinguido el derecho de su cónyuge.

2. Otros problemas derivados de la aplicación de los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

Todavía existen otras razones que impiden ver en las atribuciones del artículo 96 del Código civil una subrogación de derechos arrendatarios:

— *El cónyuge cedente ha de ser contratante inicial* (art. 24 de la LAU). Tal es la exigencia del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para la validez de la subrogación, en la medida en que se exige que la subrogación la efectúe el titular del contrato: (art. 24-1.º: «No obstante... el inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento, podrá subrogar en los derechos y obligaciones...»).

Ante tal exigencia, pensemos ahora en aquellos casos en los que la titularidad del cónyuge no tenga su origen en el contrato, sino en una subrogación inter vivos o «mortis causa», previstas por los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, respectivamente (42). Adquirida de tal forma la titularidad, el cónyuge será

(40) Supuesto que podrá producirse por cualquiera de las circunstancias siguientes:
— Por el cese de la convivencia de los hijos con el cónyuge usuario de la vivienda, de forma definitiva.

— Por el no uso, abandono... definitivo de la vivienda.
— Por el cambio de las circunstancias que motivaron su atribución como parte más interesada.

En tales casos procedería la extinción del derecho, pero conforme a la LAU no cabría la recuperación del derecho por el otro cónyuge, porque tal derecho ya se perdió con la subrogación efectuada.

(41) CASTRO GARCÍA, J.: *La intervención judicial en la aprobación, modificación y ordenación del convenio regulador*, «II Simposio de Derecho Matrimonial y Familia», Pamplona, 1982.

(42) Caso, por ejemplo, del hijo que recibe la vivienda arrendada por subrogación al fallecimiento del padre, titular del contrato, por vía del art. 58 de la LAU, o del hermano con quien convivía, que le cede su posición arrendataria por vía del art. 24 de la LAU.

«titular» a los efectos previstos en el artículo 96 del Código civil, pero no puede ser considerado como tal a los efectos de poder transmitir su condición arrendaticia por vía del artículo 24 (43).

Ante tal problema, las conclusiones a que podríamos llegar serían algunas de las siguientes:

a) Cuando la titularidad del cónyuge no usuario no tiene su origen en el contrato, no será posible la atribución de la vivienda familiar al otro cónyuge, pese, incluso, a que se le atribuya la guarda y custodia sobre los hijos (contraviniendo así el tenor del art. 96 del Código civil, por imposibilidad material de tal atribución), puesto que no cabe la subrogación en que la atribución consiste.

b) Ante tal situación continúa siendo posible la atribución de la vivienda, pero hay que admitir que el cauce no se encuentra en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Considero que lo adecuado es inclinarse por la segunda de las opciones, lo que nos permite afirmar que al menos en los supuestos en los que el cónyuge titular del arrendamiento no sea el contratante inicial del arrendamiento, la vía de atribución de la vivienda familiar no puede ser la de la subrogación establecida por el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

— *Número de subrogaciones permitidas por el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.* Si la vía elegida para determinar la naturaleza de la atribución de la vivienda es la del 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos encontramos igualmente con una serie de problemas que pueden oscurecer tal camino.

El artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos restringe el número de subrogaciones por fallecimiento a dos, consumidas las cuales no se permiten ulteriores transmisiones. Ante tales limitaciones, nos preguntamos qué solución ha de otorgarse al supuesto de atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, cuando el titular lo sea en virtud de la última subrogación permitida (44).

También en este punto las soluciones pueden ser varias:

a) Si el cónyuge titular es el último subrogado, no cabe la atribución al otro, porque ésta traspasaría el límite de subrogaciones permitido, siendo motivo suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento por vía del párrafo 5.^º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

b) Admitir que, al ser una subrogación establecida judicialmente, o «ex iudice», como consecuencia de la separación, nulidad o di-

(43) En tal sentido, FUENTES LOJO: *Ob. cit.*, p. 427. REBOLLEDO VARELA: *Ob. cit.*, p. 505.

(44) El actual arrendatario ha recibido, por ejemplo, la vivienda en virtud de subrogación efectuada al fallecimiento de su padre, que a su vez la recibió del suyo; con lo cual ya no sería posible una subrogación más, porque ello daría motivo al arrendador a resolver el contrato por cesión fuera de los cauces legalmente establecidos.

vorcio, tal subrogación se impone, aun consumido el número de subrogaciones permitidos, imposibilitando la resolución del contrato de arrendamientos por la causa anteriormente citada. Solución de la que hablaremos posteriormente.

c) Admitir que la atribución de la vivienda familiar se produce al margen de los cauces establecidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, fundamentalmente porque esta Ley especial adolece de tal cauce.

Nuevamente nos inclinamos por la última de las opciones, considerando que habría que buscar una solución fuera de la Ley de Arrendamientos Urbanos si se pretende que la atribución pueda llevarse a cabo.

— *La aplicación analógica del artículo 58 al supuesto que contemplamos.* En aquellos casos en que la vía elegida para la calificación del derecho del cónyuge no titular es la del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se pretende su aplicación analógica a los supuestos de separación, nulidad o divorcio.

El cauce elegido es el de la permisibilidad prevista por el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Requisito indispensable para tal aplicación analógica es, conforme al artículo 4 del Código civil, la semejanza entre el hecho que se pretende regular y el regulado por la norma que se trata de aplicar. Tal semejanza, en nuestro caso, se trata de establecer entre el fallecimiento del cónyuge titular del arrendamiento, que produce la ruptura del vínculo matrimonial, y los supuestos de separación, nulidad o divorcio del matrimonio.

En este sentido, entiendo que resulta excesivamente forzado acudir a tal semejanza, que quizás sería posible establecer entre los casos de atribución por divorcio o nulidad del matrimonio (en tanto que al igual que con el fallecimiento, son causas de disolución del matrimonio). Sin embargo, es totalmente inadecuada la aplicación de tal criterio analógico cuando de separación matrimonial se trata.

— *¿Existencia de una cesión «ex iudice» de los derechos arrendatarios?* En la medida en que la decisión de adjudicar la vivienda familiar a uno de los cónyuges viene determinada por la decisión del juez, al no haber llegado los cónyuges a un acuerdo sobre el particular, sí podríamos pensar en el carácter forzoso de la adjudicación.

Admitir, sin embargo, que tal atribución supone una «cesión ex iudice» de derechos arrendatarios, como se ha opinado (45), sería

(45) En contra de tal postura, se manifiestan autores como Díez Picazo, que no ve posible en los supuestos de atribución de la vivienda familiar la existencia de una subrogación «ex iudice», señalando que aunque así fuera, el carácter judicial de tal cesión, impediría la aplicabilidad de la causa de resolución del contrato de arrendamiento por vía del art. 114-5.^º de la LAU (resolución por desocupación de la vivienda por cuanto tal desocupación obedecería a justa causa).

DÍEZ PICAZO: *La situación jurídica del matrimonio separado*, en «RDN», 1961, pp. 15 y ss.

concluir algo que ni el Código civil ni la Ley de Arrendamientos Urbanos contemplan.

Ante la inexistencia de preceptos legales concretos, nos preguntamos qué significación y consecuencias tendría la cesión así entendida:

a) ¿Supondría que al ser impuesta, tal imposición afecta no sólo al arrendatario, sino también al arrendador?

b) ¿Supone que se hacen innecesarios los cauces establecidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la notificación de la cesión, o en su caso que la misma habría de practicarse de oficio? (46).

c) ¿Hemos de pensar que al ser forzosa la cesión no le afectan a ésta las limitaciones legales previstas para los demás casos? (límite en el número de subrogaciones «mortis causa», carácter de contratante inicial que ha de tener el cedente *inter vivos*...)

Evidentemente, tales planteamientos podrían ser admisibles, si, como señalamos, aparecieran previstos legalmente, sin embargo, esto no ocurre; de los artículos 103 y 96 del Código civil no se puede llegar a tales conclusiones, entre otras cosas porque en ellos ni siquiera se trata el problema de la vivienda arrendada directamente (47).

Sólo en aquellos casos en los que el cónyuge titular lo fuera en virtud de un derecho real, como el de propiedad, por ejemplo, podría pensarse que la atribución judicial al otro cónyuge constituye una cesión forzosa, un arrendamiento forzoso impuesto a aquél. En otro caso, la carga va a recaer, directa o indirectamente sobre el arrendador.

Tal criterio es utilizado, por ejemplo, por el legislador francés en su artículo 285 del Código civil, resolviendo el problema de la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular a través del llamado «*bail force*» (48).

(46) El art. 103 del Cc. prevé la adopción por el juez de las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada cónyuge.

Podría pensarse entonces que dentro de tales medidas estuviese la notificación de oficio al propietario de la vivienda arrendada, como medio de dar cumplimiento a lo previsto por la LAU, garantizando de esta forma el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular de la misma (al producirse la notificación de esta forma se evitaría posiblemente la acción del arrendador para solicitar la resolución del contrato de arrendamiento por cesión fuera de los cauces legalmente establecidos).

(47) Existen algunas legislaciones en las que sí se prevé tal atribución «*ex iudice*», para aquellos casos en los que la vivienda familiar se encuentra arrendada, aun en detrimento del arrendador:

Tal es el caso del art. 6-2.^º de la Ley italiana de 27 de julio de 1978, donde se especifica que si la vivienda se asigna al esposo que no es el titular del contrato de arrendamiento, éste sustituirá al otro en la relación contractual independientemente de la voluntad del arrendador, ya sea en caso de separación o de divorcio.

El art. 1.657-2.^º del Code civil du Bas-Canadá, a través de «*le maintien dans le lieu*», que es fuente de subrogación de derecho establecida por la Ley, para el cónyuge que se queda en la vivienda familiar arrendada no siendo titular del contrato.

(48) Art. 285: «Si el local que sirve de vivienda a la familia pertenece en propiedad o personalmente a uno de los esposos, el juez puede cederlo en arrendamiento al otro esposo:

1. Cuando la guarda de uno o varios hijos le hubiera sido confiada a aquél.

Ahora bien, tal solución, como señala Cornu (49), aparece previsita para aquellos casos en que la vivienda familiar pertenece en propiedad al cónyuge cedente; otorgando como ya hemos visto, una solución diferente para los supuestos en los que la vivienda familiar está arrendada.

b) Ante el carácter común del derecho arrendaticio y los problemas que del mismo derivan

1. *Falta de previsión legal*

Ya hemos indicado más arriba cómo los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que hablan de una cotitularidad arrendaticia, acercan sus posiciones a los criterios marcados por el derecho francés y belga sobre la materia:

El artículo 215, párrafo 3.º, del Código civil francés (50), viene a establecer una regulación semejante a la prevista por los artículos 1.320 y 96 del Código civil español, en cuanto a la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual.

Además de tal precepto, sin embargo, se contempla expresamente

2. Cuando el divorcio se hubiese dictado a solicitud del esposo propietario, por ruptura de la vida en común.

En el caso previsto en el núm. 1, el juez fijará la duración del arrendamiento, pudiendo renovarlo hasta la mayoría de edad del más joven de los hijos.

En el caso previsto en el núm. 2, el arriendo no puede concederse por una duración superior a los nueve años, pudiendo prolongarse por nueva decisión. Terminará de pleno derecho, en caso de nuevas nupcias de aquél a quien haya sido concedido. Igualmente si vive en estado de concubinato notorio.

En todo caso, el juez puede rescindir el arrendamiento si circunstancias nuevas lo justifican.»

El mismo criterio aparece contenido en el Cc. portugués, art. 1.793.:

«El juez puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges y a su petición, la casa vivienda de la familia, bien sea ésta común, bien sea propia del otro...»

El arrendamiento previsto en el núm. anterior queda sujeto a las reglas del arrendamiento de inmuebles, pero el tribunal puede determinar las condiciones del contrato... y hacer caducar el arrendamiento a requerimiento del propietario cuando las circunstancias lo justifiquen....»

(49) Gerard Cornu, establece claramente la diferencia existente entre los supuestos previstos por los arts. 285 y 1.793, como soluciones para los supuestos de vivienda familiar que pertenece en propiedad o personalmente a uno de los cónyuges, y aquellos en los que la vivienda familiar es arrendada, respectivamente. GERARD CORNU: *Les Régimes matrimoniaux*, «PUF», 1981, pp. 265 y ss. En igual sentido ALAIN BENABENT: *Droit civil. La Famille*, pp. 246 y ss. COLOMER A.: *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Litec, 1982, pp. 33 y ss.

(50) Art. 215 del Cc., redactado por Ley de 13 de julio de 1965, establece en su pár. 3.º: «Los cónyuges no pueden el uno sin el otro disponer de los derechos sobre los que se asegura la vivienda familiar... aquél de ellos que no dé su consentimiento al acto, podrá demandar su anulación: la acción de nulidad quedará abierta durante un año a partir del día en que haya tenido conocimiento del acto, sin poder intentarse nunca más allá de un año de haberse disuelto el régimen...»

en estos ordenamientos, una regulación concreta para aquellos supuestos en que la vivienda familiar es arrendada, otorgándole el carácter de arrendamiento conjunto, como ya mencionábamos.

Nuestro Código civil ni prevé una solución específica para el caso concreto del arrendamiento (51), ni permite deducir de preceptos tales como los citados la existencia de tal cotitularidad arrendaticia.

Los citados preceptos permiten entender precisamente la postura contraria, es decir, la posibilidad de una titularidad arrendaticia exclusiva:

— El artículo 1.320-1.^º al establecer una limitación a la disposición exclusiva de los derechos sobre la vivienda habitual, añade que tal limitación existe..., aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges.

Por su parte, el artículo 96 posibilita, en su párrafo 3.^º, la atribución de la vivienda... al cónyuge no titular de la misma.

2. *Problema de los consentimientos*

Parece pues, haberse llegado a la conclusión de comunidad partiendo de la exigencia del consentimiento conjunto para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar, al considerar que el mismo convierte a ambos cónyuges en titulars del derecho que el contrato de arrendamiento configura.

Sin embargo, creo que en este punto existe una cierta confusión, pues, como señala Lacruz Berdejo (52), «la singularidad de este arriendo no reside en que forzosamente hayan de ser los esposos cotitulares del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos arrendati-

(51) V. nota 5. respecto al comentario sobre la enmienda presentada por el grupo de UCD.

(52) En contra se manifiesta un numeroso sector de nuestra doctrina, que manifiestan que del análisis de los arts. 1.320 y 96 del Cc., se deduce precisamente la postura contraria al carácter común, por cuanto expresamente se está admitiendo que exista una titularidad individual sobre la citada vivienda familiar.

De dichos preceptos lo que se deduce, no es una cotitularidad, sino una indisponibilidad de derechos arrendatarios por voluntad unilateral de dicho titular:

Así, LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, ob. cit., p. 299. DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, T. IV, 1982, p. 192; y también en comentario al art. 1.320 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, vol. II, p. 1505. FONSECA GONZÁLEZ, que establece la diferencia, que admitimos, entre los arrendamientos privativos (celebrados con anterioridad al matrimonio), y los celebrados constante matrimonio, comunes en tanto que gananciales, en «RDP», año 1983, pp. 261 y ss. DE LOS MOZOS, se manifiesta igualmente contra tal carácter común al señalar: «en nuestro derecho no se llega a considerar "ex lege" que la titularidad del arrendamiento corresponde a ambos cónyuges, añadiendo que, cuando el derecho sobre la vivienda tenga un carácter personal, un arrendamiento, por ejemplo, no es que se considere que ambos cónyuges son titulares del derecho de arrendamiento, sino que tal derecho es indisponible por uno de los esposos de forma unilateral (Comentario al art. 1.320 del Cc., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por don Manuel Albaladejo, T. XVIII, vol. 1.^º, Edersa, 1982, p. 125).

cios de un esposo por voluntad unilateral, de modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo o cederlo en los casos en que la ley o el pacto lo permitan...».

No sólo son válidos tales planteamientos para los casos de normal funcionamiento del matrimonio, sino también para los supuestos en que fruto de una situación de crisis matrimonial se atribuye la vivienda al cónyuge no titular; limitación que entonces aparece establecida en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4.^º del artículo 96 del Código civil.

En definitiva, el problema radica en la interpretación otorgada al tipo de consentimiento exigido por los citados preceptos:

— Si entendemos que tal consentimiento «de ambos cónyuges» supone codisposición, se estará produciendo una equiparación de la posición de ambos cónyuges, equiparando su consentimiento. Criterio que sigue la teoría que ahora criticamos.

— Si entendemos, por el contrario, que el «consentimiento de ambos cónyuges» es diferente en cada uno de ellos, de forma que el que preste el cónyuge no titular contractual no es sino una manifestación del «ius prohibendi», que implica el simple asentimiento.

Considero más correcta esta segunda vía de interpretación, de forma que cuando se exige para la validez de los actos dispositivos sobre la vivienda habitual el consentimiento de ambos cónyuges, el del no titular aparece como un mero asentimiento, y no como elemento esencial del acto dispositivo, en el sentido exigido por el artículo 1.261 del Código civil. Tal asentimiento completa la eficacia del acto.

Parece clara tal postura, desde el momento en que se admite que, en defecto de tal consentimiento, se pueda acudir a solicitar la autorización judicial supletoria, lo que sería impensable si se tratase de un verdadero consentimiento (53).

Podemos pensar que el consentimiento que ha de prestar el cónyuge no titular, es semajente al antiguo consentimiento «uxoris» establecido en el antiguo artículo 1.413 del Código civil (54), aunque expresamente se esté hablando en los mencionados preceptos del «consentimiento de ambos».

(53) En tal sentido, LACRUZ: *Ob. cit.*, p. 301. RAMS: *Ob. cit.*, p. 107. ROCA TRIAS: *Ob. cit.*, p. 613. DÍEZ PICAZO: Comentario al art. 1.320, en *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, p. 1505. Matiza este autor, que el consentimiento del titular de los derechos es un consentimiento dispositivo, mientras que el del otro cónyuge es un requisito adicional al negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de la capacidad, que no está limitada, sino que es una declaración de voluntad de las del tipo de las licencias y aprobaciones en que aflora un «ius prohibendi» o derecho de veto, mediante el cual se protege el interés del no titular.

(54) En tal sentido, ver CÁMARA ALVAREZ: *El nuevo art. 1.413 del Cc.*, en «ADC», T. XII, vols. II y III, año 1959, y T. XIII, vol. II, Año 1960.

3. Los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos frente a la admisión de cotitularidad

Admitir la cotitularidad sobre la vivienda familiar arrendada, en el sentido que hemos venido señalando, nos conduce a claras contradicciones con los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos que permiten la subrogación en favor del cónyuge del contratante. Tales preceptos, en este tipo de subrogación en concreto quedarían vacíos de contenido.

Analicemos las diferentes posibilidades de titularidad arrendaticia formal para, posteriormente extraer las debidas conclusiones:

1. El contrato de arrendamiento se celebró por uno sólo de los cónyuges, antes de contraer matrimonio, y sin albergar la intención de que pueda llegar a constituir la citada vivienda la sede familiar.

Ejemplo: se alquiló el piso en estado de soltero, habitando en él su inquilino sólo, hasta que, posteriormente, al contraer matrimonio se decide que tal vivienda sea el hogar familiar.

2. El contrato se celebró en iguales condiciones que en el caso anterior, aunque albergando la idea de que la citada vivienda fuese el lugar de residencia habitual del futuro matrimonio.

Ejemplo: Decidida la pareja de novios a contraer matrimonio, alquilan con anterioridad al mismo una vivienda, aunque siguiendo en cierto modo las pautas sociales, uno sólo de los futuros contrayentes celebra el contrato de arrendamiento con el propietario del piso.

3. Una vez contraído el matrimonio, se celebra por uno sólo de los cónyuges un contrato de arrendamiento sobre una vivienda, que va a constituir el hogar familiar.

4. Contrato celebrado por ambos cónyuges, constante matrimonio, y apareciendo ambos como arrendatarios de la citada vivienda, en la que pasan a tener su residencia habitual.

El último de los supuestos mencionados (sup. 4.^º) no plantea en principio problema alguno. Nunca en tal caso serían de aplicación los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la subrogación en favor del cónyuge, ya que al ser titulares ambos cónyuges, en iguales condiciones, fallecido, por ejemplo, uno de ellos, el otro continuaría como titular del arrendamiento y no como subrogado en el mismo.

Creo que ya de principio, los artículos citados no aparecieron pensados para tal situación.

Admitiendo (sup. 3.^º) el posible carácter ganancial del arrendamiento suscrito por uno sólo de los cónyuges constante matrimonio, cuando el régimen económico del mismo sea el de gananciales, tendríamos que afirmar con Rebolledo Varela (55) que es más que posible

(55) Vid. nota 15.

que no fueran aplicables los citados artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (56).

Quedaría por solucionar el problema de la posible aplicación de los citados preceptos en los demás supuestos mencionados (sups. 1.^º, 2.^º y 3.^º para aquellos casos en los que el régimen económico matrimonial no fuera el de gananciales). Supuestos a los que en principio podrían ser aplicables.

Pero, ¿qué ocurre si consideramos que, por el hecho de constituir la vivienda familiar, el arrendamiento sobre la misma es común en todo caso?

Planteadas las cosas de esta forma, carecerían de sentido los preceptos de la Ley arrendaticia referidos a la subrogación en favor del cónyuge del titular, sobre todo si se afirma que el cónyuge no contratante se encuentra «*en la misma situación jurídica contractual que el otro*», porque, aquél que ya es titular, no necesita de cesión alguna para adquirir unos derechos y posición que ya ostenta.

Podría pensarse, como algunos autores han señalado, que el arrendamiento se hace común si se celebra constante matrimonio, o con anterioridad en contemplación al mismo, pero no en aquellos casos en los que se contrató sin tener en cuenta tal posibilidad (sup. 1.^º, *cit.*) siendo, por tanto, éste el único supuesto en el que podría ser de aplicación los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por tener en tal caso el contratante la exclusividad sobre el derecho arrendaticio.

Con tal planteamiento, estaríamos haciendo depender la aplicación de las normas especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos de la exclusiva voluntad del arrendatario.

Como hemos podido observar, ninguna de las posturas mantenidas parecen dar una respuesta convincente a los problemas que inicialmente planteábamos.

Se otorgan soluciones parciales, que, en unos casos hacen inaplicables los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre subrogación arrendaticia; en otros, perjudican la posición del arrendador, cuando éste ha de quedar absolutamente al margen del proceso matrimonial...

Ante la ausencia de una regulación concreta sobre el problema de la vivienda familiar en arrendamiento, semejante a la establecida en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y mientras no se produzca una modificación de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, habrá que analizar el tema de la vivienda familiar arrenda-

(56) En principio, por tanto, quedaría excluida la aplicación de los art. 24 y 58 de la LAU (en lo que respecta a la subrogación en favor del cónyuge), para aquellos supuestos en que por separación de hecho o por fallecimiento de uno de ellos, permaneciese en la vivienda arrendada el otro, cuando tal arrendamiento se concertó por ambos cónyuges constante matrimonio, o por uno de ellos en igual situación, si el matrimonio estaba sometido al régimen de gananciales.

da partiendo de la legislación existente, tratando de hacer compatibles los principios especiales sobre arrendamientos urbanos, los establecidos por el Código civil, así como determinados principios procesales que igualmente entran en conflicto.

Para ello, hemos de tomar como punto de partida las siguientes consideraciones previas:

a) Es necesario tener en cuenta que en el problema que nos ocupa convergen dos tipos de relaciones: por un lado, las *relaciones internas* —inter-cónyuges o ex-cónyuges— que, en virtud de lo establecido judicialmente o de lo acordado mediante convenio, crean entre ellos un juego de derechos y obligaciones.

Por otro lado, el campo de las *relaciones externas o de tráfico*, campo de las relaciones contractuales de los cónyuges con terceros, ajenos a los acuerdos de aquéllos, así como a los derechos y obligaciones que nacen entre los mismos tras la separación, nulidad o divorcio, ya sea en virtud de convenio de separación, ya por imposición judicial a falta del mismo.

La exigencia del cumplimiento de las obligaciones nacidas en el ámbito de las relaciones internas, no deben afectar a las que hacen con terceros (casos del arrendador, como posteriormente veremos), que deben ser igualmente protegidas y mantenidas.

b) El legislador ha tratado de proteger el hogar familiar, y la vivienda que constituye su sede, en tanto que lugar de desarrollo y convivencia de sus ocupantes.

Creo, sin embargo, que es necesario distinguir (57) entre el derecho sobre la casa como organización y dirección de los elementos materiales de la vida familiar, es decir, como hogar, y el derecho a la casa como edificio, que puede pertenecer a uno de los cónyuges, familiares o a un extraño.

Tal distinción merece ser tenida en cuenta a la hora de valorar la naturaleza de la atribución por vía del artículo 96 del Código civil.

B) RELACIONES EXTERNAS E INTERNAS

a) Campo de las relaciones externas o de tráfico

Dentro de las relaciones entre el cónyuge titular del arrendamiento y los terceros, especialmente el arrendador, nos encontramos con una dificultad inicial, que puede enturbiar el panorama de las mismas:

La mayoría de los arrendamientos, salvo los previstos en el artículo 2-5.^º de la Ley Hipotecaria, no tiene acceso al Registro de la Propiedad. Consecuentemente:

(57) TRABUCCHI: *Estudios en honor a A. Ciccu*, II, Milán, 1951, p. 625.

— No existe medio alguno de hacer constar —registralmente— el carácter familiar de la vivienda arrendada.

— Tampoco tendrá reflejo registral como posible medida de garantía (para el cónyuge no titular y como medida de conocimiento para los terceros) la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma (58).

1. Relaciones con terceros constante matrimonio. Actos dispositivos limitados (art. 1.320).

El cónyuge contratante, como único titular del derecho arrendatario, se encuentra en principio facultado para ejercer la totalidad de los derechos dimanantes de su posición de parte contrantante.

Ahora bien, al recaer tal derecho sobre la que constituye la vivienda familiar su disponibilidad queda restringida, al exigirse el consentimiento del otro cónyuge (59) o autorización judicial para aquellos actos que impliquen disposición del derecho arrendatario. Las actuaciones que contravengan tal exigencia se sancionan con la anulabilidad, estableciéndose al mismo tiempo protección en favor de los terceros adquirentes de tales derechos indisponibles, si adquirieron actuando de buena fe.

Tratando de encuadrar las diferentes posibilidades dispositivas en los límites permitidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos referiremos:

1. *Subarriendo de vivienda:* Dos modalidades recoge la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 11: el subarriendo total y el parcial (arts. 10 y 18, respectivamente).

El *primero* de ellos, junto con la autorización expresa y escrita del arrendador, exige la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa habitación.

Tal actuación, que implicaría evidentemente un despojo para el

(58) Señala Isaac Aguilar, que:

«Es cierto que el cónyuge no titular goza del *ius possidendi*, pero, es titular de algo más, que implica una posesión legítima, pero que esta posesión no agota el tema. Creo que es titular de un derecho real, con todas sus características, y, por ello, con la más relevante a efectos de este estudio: es inscribible en el Registro de la Propiedad...» (*Ob. cit.*, p. 1730).

Efectivamente, si la vivienda pertenece en propiedad a uno de los cónyuges, o existe sobre ella una titularidad inscribible, es posible pensar en la inscripción de la atribución en el Registro de la Propiedad, de la misma forma que, en tales casos, complementa la protección del art. 1.320 del Cc. el art. 144 del RH.

Sin embargo, la protección y garantía que puede soportar tal inscripción, no se hace extensible a los supuestos arrendamientos, donde la titularidad inicial nacida del contrato de arrendamiento no tiene acceso al Registro, con lo que los terrenos no pueden quedar amparados de la misma forma, ni el cónyuge no titular puede acreditar frente a ellos una protección, como la registral.

(59) Vid. *supra*, p. 98, respecto al problema del consentimiento exigido al cónyuge no titular del arrendamiento y notas citadas.

cónyuge del arrendatario, requiere, por tanto, para su validez, el consentimiento del citado cónyuge o la autorización judicial supletoria.

Ahora bien, resulta, sino imposible (60), casi impensable que tal subarriendo pueda llevarse a cabo a espaldas del citado cónyuge, y sin su consentimiento, fundamentalmente porque resulta igualmente impensable una subrogación de este tipo sin ocupación.

Por los mismos motivos, parece poco probable una defensa de la posición del adquirente del derecho subarrendatario basada en su buena fe, y a los efectos de no ser perjudicado por la manifestación falsa o errónea del titular sobre el carácter de la vivienda.

El *segundo*, no requiere para su validez el consentimiento del arrendador, ni tan siquiera la prestación del mobiliario adecuado.

El subarriendo parcial no recae sobre la totalidad de la vivienda, sino que puede serlo sobre una o más habitaciones y con distintas personas.

¿Se requerirá en tal caso el consentimiento de ambos cónyuges para la validez de tal actuación?

Podría pensarse, que puesto que lo que se trata de evitar en definitiva con las limitaciones dispositivas es que un cónyuge «pueda dejar en la calle» al otro, en la medida en que esto no ocurra, porque el matrimonio continúa viviendo en la vivienda subarrendada (aunque prescindiendo de determinadas habitaciones), no sería necesario tal consentimiento.

Tal planteamiento, no obstante, creo que no puede ser de aplicación en este caso concreto, porque, la disposición sobre el derecho existe, aunque ésta tenga un carácter parcial.

2. *Subrogación de la vivienda* (art. 24 de la LAU). Tal acto dispositivo queda igualmente vedado a la actuación exclusiva del cónyuge titular.

La subrogación en favor de cualquiera de los parientes citados en el precepto, requerirá, por tanto, el consentimiento del cónyuge no titular, o la autorización judicial supletoria para su validez.

La efectuada sin tal consentimiento podrá ser anulada por el cónyuge en los términos previstos en el párrafo 4.^º del artículo 1.301 del Código civil.

Ante este tipo de actuación dispositiva, difícilmente, sin embargo, podrán ampararse los terceros adquirentes en la protección que otorga el párrafo 2.^º del artículo 1.320. Fundamentalmente porque la buena fe de los adquirentes del derecho, en este supuesto resulta casi impensable, dada la relación de parentesco y obligada convivencia que se requiere entre el cedente y el cesionario, para la validez de la subrogación, lo que imposibilita el desconocimiento de los subrogados sobre el carácter de la vivienda.

(60) Piénsese en un supuesto, casi de laboratorio, en que el cónyuge titular, aprovechando una ausencia del no titular, lleva a cabo la subrogación, procediendo el subrogado a la efectiva ocupación de la vivienda y del mobiliario de la misma.

2. *Actos dispositivos limitados tras la ruptura matrimonial (art. 96-4.º del Cc.)*

Dos cuestiones he de mencionar aquí:

1. La imposibilidad, mientras la Ley de Arrendamientos Urbanos no se modifique, de subrogar inter vivos la vivienda familiar, cuando ésta se ha adjudicado al cónyuge no titular del derecho arrendatario.

Tal imposibilidad resulta no ya del problema de los consentimientos exigidos, sino del propio artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Para la validez de la subrogación es necesario que los subrogados hayan convivido (61) con anterioridad durante un determinado período de tiempo, en la vivienda arrendada con el inquilino titular del contrato. La subrogación, por tanto, sólo sería válida si es el titular contractual el que ocupa la vivienda, pero no si se adjudicó al otro cónyuge, porque entonces, apartado de la vivienda el titular, faltan los requisitos mencionados.

Por otra parte, si la vivienda está tras la separación ocupada por el titular del arrendamiento, éste ya no estaría sometido a la limitación del párrafo 4.º del artículo 96, pudiendo disponer libremente de su derecho sin exigirse consentimiento adicional alguno.

2. Tras la ruptura matrimonial, el único acto, por tanto, vedado a la actuación exclusiva del cónyuge titular, sería el subarriendo de la vivienda.

b) Las relaciones entre el arrendador y el cónyuge arrendatario

Es en este tipo de relaciones donde mayor número de problemas se plantean a la hora de dar una solución a la naturaleza del derecho conferido al cónyuge no titular por virtud del artículo 96 del Código civil.

Hemos podido observar a lo largo del presente estudio, que, en mayor o menor medida, con las soluciones propuestas, puede quedar perjudicado el arrendador cuando, ya lo hemos dicho, no parece lógico que como tercero, tenga que quedar afectado por las consecuencias de un proceso de crisis matrimonial:

a) En unos casos, porque al admitir el cauce subrogatorio se podrían exceder los límites previstos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, en perjuicio de las previsiones del arrendador (que sabe que

(61) Art. 24-1.º: «El inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento podrá subrogar en los derechos y obligaciones propios del mismo... a sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción, que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada con dos años de antelación, o de cinco años cuando de hermanos se trate...»

el arrendatario se encuentra en la última subrogación, y no obstante se produce la atribución).

b) En otros casos, porque se pretende considerar como contratante a una persona cuya existencia podía ser incluso desconocida por el arrendador.

En uno u otro caso, el arrendador parece quedar incluido en el juego de las relaciones conyugales, y afecto por su ruptura matrimonial.

Ciertamente, se hubiese regulado de una forma concreta el problema de la vivienda familiar arrendada, en el sentido establecido por la legislación francesa o belga ya citadas, se habría clarificado el tema; el arrendador tendría un conocimiento exacto de con quién contrata, y quién le ha de pagar las rentas.

Sin embargo, no menos cierto es que el clima no era, ni es el propicio, para una regulación que en alguna medida supusiese un gravamen para los propietarios de viviendas.

Ya, sin tener en cuenta los problemas del estilo del que nos ocupa, se ha producido una modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la supresión de la prórroga forzosa, para los contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 (62) atendiendo parcialmente al problema social de las viviendas con rentas antiguas.

A ello hay que añadir las recientes quejas de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley arrendaticia, manifestadas por algunos autores (63) precisamente los ataques van dirigidos contra los comentados artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Todo ello, lógicamente parece enturbiar cualquier posible solución que de cualquier forma fuese en detrimento de los posibles «arrendadores de viviendas familiares».

Es posible que con los arrendamientos suscritos a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, puedan obviarse algunos de los problemas que venimos comentando, por cuanto, atribuida la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular de la misma si el contrato tiene una duración determinada, sin posibilidad de prórroga forzosa,

(62) RD 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica («BOE» núm. 111, de 9 de mayo de 1985), art. 9:

«Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos:

1. Los contratos de arrendamiento de vivienda o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente RD Ley, tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el art. 57 de la LAU, texto refundido aprobado por D. 4.104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 del Cc.

2. Dichos contratos se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.»

(63) Vid. en este sentido ALONSO DÁVILA: *Sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», R.J.G. núm. 6/1986, noviembre-diciembre, pp. 41 y ss.

parece claro que su permanencia en la citada vivienda habrá de quedar supeditada a la duración efectiva del contrato (64).

Son precisamente las relaciones externas con el arrendador las que mayor número de problemas plantean, precisamente porque resulta difícil marcar los límites entre la relación nacida del contrato y los efectos que sobre la misma se pueden producir como consecuencia de las relaciones internas que nacen entre los cónyuges fruto de la separación, nulidad o divorcio.

Ambito de tales relaciones y limitaciones sobre las mismas impuestas por los artículos 1.320 y 96-4.º del Código civil

1. Constante matrimonio, y posteriormente, tras la ruptura matrimonial y adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular, considero que la relación arrendaticia nacida del contrato celebrado en su día, se mantiene entre los iniciales contratantes (65).

Sus efectos permanecen intactos, así como los derechos y obligaciones de las partes, que continúan siendo las mismas que contrataron.

Poco ha de importar al arrendador cuando contrata, que el arrendatario esté casado o no, porque frente a él, el titular del arrendamiento es, y seguirá siendo la misma persona. Al arrendador, en principio, no debe afectarle si entre los cónyuges existe, constante matrimonio o tras su ruptura, un acuerdo interno sobre el pago de las rentas, conservación de la vivienda u ocupación material de la misma.

Si se pretende en todo caso no entorpecer las relaciones del tráfico, el mejor sistema para garantizar las mismas es evitar que las relaciones entre los cónyuges y sus acuerdos afecten lo menos posible a las relaciones externas.

(64) No por ello dejan de plantearse problemas en tales arrendamientos sin prórroga legal. Aunque no se plantea directamente el problema de la atribución de la vivienda, véase en este sentido a MORENO ALVAREZ: *El inquilinato sin prórroga legal (acotaciones urgentes)*, en «La Ley», año 1985, pp. 1196 y ss.:

«Conviene otear de manera global el ordenamiento para indicar aquí que la incidencia del DL 2/1985 se avizora importante. La superficie afectada es breve (art. 57 de la LAU), mas el sistema radical será extensísimo... a las cuestiones antes indicadas... se agregan otras, como la, en apariencia elementalísima del concepto de arrendatario y del arrendamiento de grupo, pues de la suerte del arrendamiento de grupo dependerá, en parte, la vieja y todavía polémica cuestión, que recobrará nuevos bríos, de si los cónyuges son siempre, a veces, o en ningún caso, arrendatarios "ex lege" respecto a la vivienda que albergue el hogar familiar, que es tema importante del derecho de familia, máxime cuando surge una crisis matrimonial.»

(65) Salvo que la atribución haya sido fruto de convenio entre los cónyuges, de forma que el titular haya subrogado efectivamente la vivienda (su posición arrendataria) en el otro cónyuge, en cuyo caso, resulta obvio que regirán los preceptos de la LAU sobre subrogación arrendaticia, modificándose en tal momento la relación contractual existente con anterioridad.

Por ello considero que el arrendador contra quien habrá de dirigirse para exigir el cumplimiento del contrato, para el pago de las rentas, o demandar por cualquiera de las causas que originan la resolución del contrato de arrendamiento, habrá de ser contra la parte material de la relación contractual, es decir, contra el arrendatario firmante del contrato (66).

Sin embargo, cierto es que por virtud de las limitaciones establecidas en los artículos 1.320 y 96-4.^º del Código civil, tales relaciones contractuales sí pueden quedar afectadas de alguna forma, en la medida en que determinados actos dispositivos dentro del marco de las mismas, exigen para su validez el consentimiento del cónyuge no titular del arrendamiento. Afectación que no existiría de no recaer el derecho arrendatario sobre la vivienda que es la sede del matrimonio o la familia.

En este sentido, habremos de analizar:

— Cuáles son los actos dispositivos para los que se hace necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

— En qué medida queda afectado el arrendador cuando los mismos se realizan exclusivamente por el cónyuge arrendatario, prescindiendo de tal consentimiento de su cónyuge.

2. Todo acto que realizado por el cónyuge titular en el ámbito de la relación contractual —constante matrimonio o posteriormente tras la adjudicación de la vivienda al no titular— suponga disposición de su derecho en perjuicio del otro cónyuge y de su permanencia en la vivienda, exigirá el consentimiento de este último, o autorización judicial supletoria.

En tal situación incurría el arrendatario que: a) renuncia a su derecho arrendatario; b) renuncia a la prórroga forzosa; c) incurre voluntariamente en causa de resolución del contrato o de denegación de la prórroga del mismo; d) se allana en un procedimiento dirigido contra él por el propietario por resolución del contrato, y e) es declarado rebelde en el mismo procedimiento.

En definitiva, en todos estos actos del arrendatario que suponen una disposición del derecho sobre la vivienda habitual, por renuncia del mismo, sería necesario el consentimiento del otro cónyuge; ahora bien, aquí es cuando comienzan a surgir algunos problemas, al intentar encontrar el cauce correcto para que tal consentimiento se preste. Posiblemente, los supuestos más problemáticos sean los de la renun-

(66) Sin embargo, de la especialidad de la situación que se crea tras la atribución al cónyuge no titular de la citada vivienda, en virtud de sentencia judicial, por la que el titular ha de abandonar la misma, parece que como señalaba DÍEZ PICAZO (vid. nota 45), sí afecta en cierta medida a la relación contractual, por cuanto parece que el arrendador no podría instar la resolución del contrato de arrendamiento por la actual vía del art. 62-3.^º de la LAU, al existir justa causa para la desocupación del titular del arrendamiento (la propia sentencia que le obliga a desalojar la vivienda). Vid. LETE DEL RÍO: *Matrimonio y divorcio*, tit. IV. libro I Cc., art. 96. pp. 741 y ss.

cia al derecho por allanamiento o rebeldía del arrendador, donde las vías de prestación del consentimiento elegidas (67) y de impugnación del cónyuge, no parecen excesivamente claras.

Por otro lado, si el propietario arrendador actuó de buena fe, sin confabularse con el arrendatario que renuncia o incurre en causa de desahucio, entiendo que quedaría amparado por la protección que otorga el párrafo 2.^º del artículo 1.320 al adquirente de buena fe (68).

Tal protección considero que se hace extensible a aquellos casos en que la renuncia, etc., se producen por el arrendatario tras la ruptura matrimonial y adjudicación al no titular de la vivienda por cualquiera de las vías establecidas en el artículo 96 del Código civil, si, efectivamente, el propietario continúa actuando de buena fe.

Otro problema, al que haremos referencia al analizar algunos de los supuestos mencionados, es el referente a los problemas de impugnación por parte del cónyuge de cuyo consentimiento se ha prescindido.

Analicemos más detenidamente algunas de las posibilidades de disposición que hemos mencionado:

a) *Renuncia expresa*

Tanto del párrafo 1.^º del artículo 1.320, como del párrafo 4.^º del artículo 96 del Código civil, deducimos la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular del arrendamiento para la validez de la misma. Lo que supone que tal consentimiento es necesario tanto si la renuncia se produce constante matrimonio, como posteriormente, habiéndose adjudicado la vivienda al otro cónyuge.

De esta forma, si el cónyuge titular comunica la renuncia de su derecho al propietario, sin que en el acto intervenga el no titular, éste podrá impugnar dicho acto de renuncia solicitando la anulación del mismo:

— Si el acto de renuncia se produce constante matrimonio, conforme al apartado 2.^º del artículo 1.301 del Código civil, el cónyuge no titular dispone de cuatro años para entablar la acción de nulidad, contados a partir del día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que hubiese tenido conocimiento de la renuncia con anterioridad.

— Si la renuncia se produjo una vez disuelto el matrimonio y la sociedad conyugal, ¿será de aplicación igualmente el plazo de cu-

(67) Ver en este sentido la solución propuesta por la S. del TC de 31 de octubre de 1986, ya analizada, en la que se establece la necesidad de demandar a ambos cónyuges, admitiendo, por tanto, la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

(68) En este sentido entiende Lacruz que si el esposo titular está dispuesto a dejar el arriendo, tiene el refugio de incurrir en causa de desahucio, que si no va acompañado de acuerdo fraudulento con el propietario dará lugar a la extinción del arriendo.

LACRUZ: *Ob. cit.*, p. 229.

tro años establecido en el apartado 4.^º del artículo 1.301 del Código civil?

En este punto, el problema radica en que el cómputo de plazo previsto por el citado precepto no tiene en cuenta sino las actuaciones anulables efectuadas por un cónyuge constante matrimonio, pero no los supuestos en que como el presente, se puedan producir una vez disuelto el matrimonio y la sociedad conyugal.

Considero, sin embargo, que sigue siendo aplicable el mencionado precepto, pero, en este caso, habría que pensar que el plazo de los cuatro años no comenzaría a contarse desde el día de la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal (fundamentalmente porque la renuncia al derecho arrendaticio puede producirse mucho después de disuelto el matrimonio), sino desde el día en que tal renuncia se produjo, o, en todo caso, desde el momento en que el cónyuge no titular-ocupante de la vivienda tuvo conocimiento de la misma.

b) *Allanamiento y rebeldía*

El supuesto que analizamos es el siguiente: Existiendo o no motivos para la resolución del contrato de arrendamiento, denegación de la prórroga, o desahucio, el propietario de la vivienda interpone contra el arrendatario la correspondiente demanda (69).

Ante la interposición de la demanda, el demandado contesta a la misma, pero se allana, admitiendo, por tanto, los planteamientos del demandante y, por tanto, renunciando indirectamente al derecho arrendaticio; o bien, con las mismas consecuencias prácticas, no comparece en el procedimiento, declarándose en rebeldía.

Nos preguntamos:

— ¿Tales actuaciones suponen una renuncia al derecho que suponga disposición del mismo y, por tanto requieran para su validez el consentimiento del otro cónyuge?

— En tal caso, ¿sería necesario demandar a ambos cónyuges para que tal consentimiento tenga reflejo en el proceso?

— ¿Cómo se puede manifestar tal consentimiento en otro caso?

Efectivamente, y en principio, en la medida en que el cónyuge titular del arrendamiento está disponiendo de su derecho arrendaticio, por cuanto renuncia indirectamente a él al renunciar a la defensa, sería necesario el consentimiento del otro cónyuge; sin embargo, las vías elegidas para tal actuación no me parecen las adecuadas:

— ¿Exigir el consentimiento supone dar entrada al cónyuge no titular en el procedimiento?

(69) Por cualquiera de las causas previstas en el art. 62 de la LAU, o apoyado en cualquiera de los motivos de resolución previstos por el art. 114, actuaciones todas ellas que pueden conducir efectivamente al desalojo de la vivienda para la resolución del contrato.

Dar entrada en el procedimiento al cónyuge no titular del arrendamiento para salvaguardar su posición, supondría considerarle como parte jurídico material de la relación, postura que considero inadmissible.

Este criterio es seguido fundamentalmente, como vimos más arriba, por aquellos que consideran que el derecho arrendaticio sobre vivienda familiar es común a ambos cónyuges.

Por mi parte, entiendo, que aun en aquellos casos en los que se produce el allanamiento del demandado, o se le declara en rebeldía, no procede la entrada en el procedimiento del cónyuge no contratante, y en este sentido comparto los planteamientos de sentencias como la de 13 de julio de 1984 de la Audiencia Territorial de Valladolid, o la de 22 de septiembre de 1986 de la Audiencia Provincial de Bilbao (70), así como los manifestados por autores como Fonseca González (71), en el sentido de admitir que ni el artículo 1.320-1.^º, ni el 96-4.^º, son normas que configuren la necesidad de traída a juicio del cónyuge no contratante, porque el proceso no es un acto dispositivo, y además el arrendador no tiene acción contra dicho cónyuge.

Señala el autor que acaso sería conveniente notificarle la demanda al citado cónyuge a efectos de simple información, dando pie con ello a que en juicio diferente pueda demandar al esposo y en su caso también al arrendador si existió confabulación con el mismo.

Tal postura me parece la correcta, de forma que dejando transcurrir las relaciones contractuales entre las partes contratantes, y el procedimiento entablado según los cauces procesales, tal notificación del

(70) A. Territorial Valladolid, 13 de julio de 1984 («R.G.D.», 1985, pág. 3579). CDO... que... celebrado el contrato de arrendamiento entre D. E. U. como arrendador y D.A.G. como arrendatario, sin intervención de ninguna otra persona, ni de la mujer del demandado, es obvio que la resolución de la relación arrendaticia ha de suscitarse forzosa y necesariamente entre las partes, únicas intervenientes en el negocio jurídico y únicas a las que afecta la misma, como únicas que son obligadas por el mismo, sin que influya el estado civil de ninguna de las partes...»

Un criterio manifiestamente contrario aparece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de septiembre de 1986 («La Ley», 31 de diciembre de 1986, 8270-R), en la que se plantea cuestión semejante a la sentencia anterior (demanda contra firmante del contrato de arrendamiento, con exclusión de la esposa en el llamamiento):

«El contrato de inquilinato se concluyó, de modo personal y en forma verbal, entre el titular dominical de la vivienda y el demandado-apelante, sin que en el mismo hubiera intervenido la esposa de este último, constituyéndose el marido, hoy demandado, a efectos de lo previsto en la LAU, en el único titular del contrato, en su calidad de arrendatario, y sin que su cónyuge pueda ser calificada como una mera conviviente conforme al art. 58 de la LAU, que puede subrogarse en determinadas circunstancias en los derechos y obligaciones del arrendatario, sin que en ningún caso suponga alteración en la posición originaria de los contratantes; y, dirigida así la acción contra el titular originario, no es admisible la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario...»

(71) También en contra de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, con lo que ello implica, se manifiesta FONSECA GONZÁLEZ: *La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la Sociedad de Gananciales*, en «RDP», 1983, pp. 268 y ss.

procedimiento pueda dar pie a una reclamación por parte del cónyuge no contratante, frente al titular.

Evidentemente, con tal planteamiento se puede producir un perjuicio para el cónyuge que no intervino en el procedimiento, que probablemente termine con el obligado desalojo de la vivienda, aun habiendo sido adjudicada judicialmente al no titular; sin embargo, creo que tal situación, y la posible reclamación del cónyuge no titular, no tiene su vía dentro de los cauces en que transcurre la relación externa entre el titular y el arrendatario, sino dentro del juego de las relaciones internas.

c) Relaciones internas entre los cónyuges o excónyuges

Constante matrimonio, y con independencia de quién sea el cónyuge titular del arrendamiento, el mantenimiento del hogar familiar, como parte integrante de las cargas del matrimonio, corresponde a ambos cónyuges, con independencia, como ya hemos visto, de que frente al arrendador el único obligado por el contrato sea el cónyuge contratante.

Cuando se produce la ruptura del matrimonio, por separación, nulidad o divorcio, y se adjudica la vivienda al cónyuge no titular de la misma por cualquiera de las vías del artículo 96 del Código civil, ya hemos iniciado que frente al arrendador el obligado por el contrato seguirá siendo el contratante; sin embargo, el planteamiento en el ámbito de las relaciones interconyugales puede ser diferente:

— Es posible que con la atribución de la vivienda, el cónyuge titular de la misma quede igualmente, frente al otro, obligado —bien por acuerdo entre ambos, bien por imposición judicial— al pago de las rentas y cantidades asimiladas a la misma.

«Partiendo de que la legitimación supone una posición que relaciona a una persona con una situación jurídica en litigio, de forma que tal persona es la que debe aparecer en tal litigio, es indudable que el arrendatario, parte en el contrato, está legitimado pasivamente, pues es sujeto de la relación jurídico material.

La traída a juicio del cónyuge no contratante, supondría establecer su interés en la relación jurídico material de forma que su ausencia del proceso implice la privación de un derecho, sin haber sido oido y vencido en juicio; pero tal interés no es un interés general, sino un interés legítimo y directo que proviene de la Ley o de la relación material discutida, pues si bien tiene un interés general, el mismo no es suficiente... El art. 1.320 no es una norma que configure la necesidad de traída a juicio del cónyuge no contratante, pues no es el proceso un acto dispositivo y el arrendador no tiene acción frente a él, igual que no la tiene respecto del resto de los miembros que forman la familia interesados igualmente...»

Queda perfectamente constituida la relación jurídico procesal demandando al contratante, y no hay fundamento legal suficiente para traer a juicio al otro esposo; acaso sería conveniente notificarle la demanda a efectos de simple información, y en pos de evitar fraude en sus intereses, pero no como parte de dicho proceso, sino en juicio distinto, demandando al esposo, y en su caso también al arrendador, caso de que haya existido confabulación para burlar los intereses del cónyuge no parte en el juicio...»

— Pero cabe la posibilidad de que tras la atribución de la vivienda, se exima al citado titular del cumplimiento de tales obligaciones, de forma que se entienda que con la cantidad que en concepto de pensión pueda concederse al ocupante, éste ha de satisfacer, junto con otras necesidades, el mantenimiento de la vivienda arrendada.

Sin embargo, tales acuerdos no trascienden de la relación de los cónyuges, de forma que:

— Ni el arrendatario puede oponer frente al arrendador la obligación de pago y cumplimiento trasladada a su cónyuge, al objeto de que sea a éste al que se reclame.

— Ni el arrendador podrá dirigirse contra quien no es arrendatario.

Ahora bien, si el cónyuge obligado por el contrato, y por los acuerdos internos, no cumple como corresponde, el otro podría verse obligado a hacer frente a tal cumplimiento, por su propio interés (72), pudiendo reclamar posteriormente al reembolso de lo satisfecho al arrendador.

De la misma forma que si en la relación interna resulta obligado el cónyuge ocupante de la vivienda, no titular del derecho, y éste no cumple como le corresponde.

1. Derecho a la vivienda como derecho al hogar. Naturaleza de la atribución

La segunda cuestión que debíamos tener en cuenta al referirnos a los problemas que se plantean sobre la vivienda familiar arrendada (73), exige realizar un análisis de la finalidad que subyace en el artículo 96 del Código civil, al objeto de descubrir qué es lo que se pretende salvaguardar, y cómo han de encuadrarse cada una de las posibles vías de atribución previstas en el mismo.

Artículo 96, párrafos 1.º y 2.º: La atribución como contribución al levantamiento de las cargas familiares. Siguiendo los criterios de autores como Rams Albesa y Luna Serrano (74), debemos señalar:

1. La atribución al cónyuge no titular del derecho arrendaticio, sobre la vivienda familiar en el supuesto 1.º del artículo 96, se produce en tanto en cuanto se atribuye la guarda y custodia al citado cónyuge sobre los hijos menores del matrimonio, encontrándonos, como

(72) Piénsese en el caso del desahucio por falta de pago, planteado frente al titular arrendatario; evidentemente en tal caso, considero más conveniente que el cónyuge ocupante de la vivienda haga frente a tal pago, o consigne las rentas debidas (aún no siendo el obligado al pago frente a su cónyuge), para luego reclamar al efectivamente obligado el reembolso de las citadas cantidades, pero ya no en el procedimiento de desahucio, sino en el correspondiente por incumplimiento de las medidas acordadas judicialmente en la sentencia de separación, nulidad o divorcio.

(73) Vid. *supra*, nota 57.

(74) LUNA SERRANO: *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y Divorcio*, Civitas, 1.ª ed., 1982, p. 357. RAMS ALBESA: *Ob. cit.*, p. 114.

señala Luna Serrano, ante una atribución *per relationem*, que condiciona la génesis del derecho mismo, su ejercicio, eficacia y duración (75).

En este sentido, sí se puede afirmar que la atribución se produce *ex iudice* (76), es decir, en virtud de decisión judicial, y sin que se opere efectivamente transmisión arrendaticia alguna. Se puede pensar entonces que la atribución de la vivienda forma parte del *derecho de alimentos o pensión alimenticia concedida en favor de los hijos*, al que han de contribuir cada uno de los cónyuges, conforme establece el artículo 93 del Código civil (77), de forma que el cónyuge titular contribuye, junto con el pago de la pensión satisfecha en metálico, con la vivienda familiar de que es titular, pudiendo formar parte igualmente de tal contribución, el pago de la merced arrendaticia, cantidades asimiladas a la misma, pago de contribuciones y demás gastos de la vivienda...

Por ello, considero que la expresión utilizada en la redacción inicial dada al precepto: «mediante las adecuadas compensaciones», no debía haberse suprimido

(75) Tal criterio aparece plasmado recientemente en las decisiones de nuestros tribunales, como podemos observar en la S. AT Oviedo de 16 de abril de 1984 (RGD, 1985):

CDO... el vigente art. 96 ha prescindido de la idea del «interés familiar» como criterio orientador de la determinación judicial definitiva, y ha señalado las dos vías alternativas utilizables, esto es, el acuerdo de los cónyuges... o en su defecto el puro automatismo legal, por virtud del cual incluso el cónyuge separado de hecho, que abandonó la vivienda, puede verse reintegrado a ella, «ope legis», siempre que a la vez se le conceda la guarda y custodia de los hijos, que son el presupuesto determinante, de suerte que ni es posible disociar el «status» de los menores, de la utilización del domicilio conyugal.

(76) En tal sentido ZANON MASDEU: *El divorcio en España, Ley de 7 de julio de 1981*, ed. Acervo, Barcelona, 1981, pp. 341 y ss.:

«... El excónyuge, que tenga el uso de la vivienda cuya titularidad arrendaticia pertenece al excónyuge apartado, tendrá la posesión de la vivienda en cuestión, *ex iudice*, esto es, en virtud de una decisión judicial, y sin que se haya operado ninguna transmisión de los derechos locativos.»

(77) Fruto de la enmienda núm. 124 presentada al proyecto del pár. 1.º del art. 96, por el Grupo Comunista, se llegó a suprimir del citado pár. 1.º la expresión por la que originariamente se establecía que la asignación del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge e hijos en cuya compañía queden, se haría mediante las adecuadas compensaciones.

La supresión se justificaba indicando que al no precisarse en el precepto ni la naturaleza ni el alcance de tales compensaciones, se abriría una vía de inseguridad, pues, el cónyuge más débil económicamente, podrá verse privado de una parte sustancial de los beneficios que pudieran corresponderle por otros conceptos, en cuanto compensación por el uso de la vivienda y el ajuar familiar.

Entiendo que quizás la solución correcta hubiera sido establecer precisamente lo que el Grupo Comunista reclamaba: la naturaleza y el alcance de tales compensaciones, en vez de suprimir la referencia a las mismas.

Por otro lado, me atrevo a afirmar que con tal supresión quizás lo que se podía llegar a producir —si efectivamente no se llega a establecer un criterio compensatorio con la atribución— es precisamente la consecuencia que se pretendió evitar con su supresión.

(Vid. Cc. Reformas 1978-1983, Trabajos Parlamentarios II, Cortes Generales, 1985).

Si el cónyuge al que se priva del uso de la vivienda familiar de la que es titular, ha de contribuir además mediante la correspondiente pensión para el sustento de los hijos, y en la fijación de la misma no se tiene en cuenta que al mismo se le ha privado de su vivienda (quedando obligado en determinados casos también al mantenimiento de la misma), podría pensarse que tal actuación proporciona la base de una situación de desequilibrio que en todo caso se pretende evitar a toda costa cuando se produce la ruptura del matrimonio (78).

Parece pues, correcto que tal circunstancia sea tenida en cuenta computándose tal atribución junto con la pensión a satisfacer, en concepto asimilable a tal pensión, por vía del artículo 93 del Código civil; sobre todo teniendo en cuenta aquellos supuestos en los que la

No obstante, comparto la opinión de VALLADARES RASCÓN: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Civitas, 1982, 1.^a ed., que prácticamente, tras producirse la reforma, señalaba, en relación precisamente a la supresión de tal expresión:

«La Ponencia del Congreso aceptó la enmienda. Sin embargo, es preciso señalar que, de alguna manera, siempre se producirá algún tipo de compensación. Por ejemplo, la cantidad que cada uno de los cónyuges ha de pagar en concepto de alimentos de los hijos será inferior al no precisar éstos un nuevo domicilio, y la diferencia habrá de ser computada en beneficio del cónyuge titular...» (p. 424).

(78) El tiempo y aplicación práctica de la llamada «Ley del Divorcio» desde su aparición hasta el momento actual, han venido a ratificar los postulados señalados en la nota supra.

La prueba evidente se encuentra con la referencia a las resoluciones que sobre este punto se han producido.

Recogemos alguna de estas resoluciones, donde claramente se lleva a efecto la citada compensación, valorando para ello la atribución de la vivienda:

S. de 14 de marzo de 1985, AT de Bilbao (RGD 1985, p. 2893).

CDO... no juzga la sala inmoderada la pensión compensatoria establecida en la resolución recurrida, *aun contando entre las disponibilidades económicas de la demandada reconveniente*, el sueldo que en el expediente de medidas provisionales se le atribuye, *y el uso exclusivo por ella de la vivienda familiar, circunstancias ambas ya contempladas por el juzgador en su determinación...*»

(La Audiencia tiene claramente en cuenta, para la determinación, en este caso de la pensión compensatoria en favor de la mujer, no sólo el sueldo, sino, como se pone de manifiesto, el hecho de ser la beneficiaria del uso y disfrute de la vivienda familiar).

S. de 12 de abril de 1985, AT de Bilbao (RGD 1985, p. 2895).

CDO... que la pensión impuesta al actor resulta excesiva como contribución suya personal al levantamiento de las cargas familiares, no ya en contemplación a su capacidad económica, suficiente para afrontarla, sino en consideración, de un lado, al razonable volumen de los gastos (del único hijo del matrimonio) y, de otro, a la imputada atribución al mismo y a la esposa a cuyo cuidado queda el uso de la vivienda familiar que justifican... la fijación de la cantidad recurrida en la suma de 35.000 pesetas...

CDO... que valorada de nuevo en esta instancia la edad de los litigantes, la duración de la convivencia conyugal, la categoría profesional, la aptitud laboral de la esposa, el mantenimiento de la misma en el uso de la vivienda familiar, se está en el caso de compensar el desequilibrio económico derivado para la esposa, de la separación con la asignación a la misma de una pensión mensual...

(La citada sentencia viene a poner más claramente si cabe: 1.^º que para la fijación de la contribución a las cargas familiares se ha de tener en cuenta a quién se atribuye la vivienda familiar; 2.^º que tal atribución se toma igualmente como elemento de valoración, para la determinación de la pensión compensatoria, incluyéndose como un elemento más a valorar junto con los mencionados en el art. 97 del Cc.).

renta satisfecha (si el compromiso entre las partes es que la siga abandonando el titular arrendatario), corresponda efectivamente al valor «renta real de la vivienda» en el mercado.

Analizando el problema desde este punto de vista, podemos pensar que lo que se atribuye al cónyuge no titular del arrendamiento es un derecho que forma parte de los alimentos en favor de los hijos; y tal derecho existirá mientras se mantenga la guarda y custodia por el ocupante.

De tal forma se mantiene el derecho, que si la vivienda, como sede física, se llega a perder, en perjuicio de los ocupantes, por la actuación del titular por renuncia al derecho, allanamiento o rebeldía en procedimiento dirigido contra él, sin haber obrado con el correspondiente consentimiento del otro cónyuge, el titular seguiría obligado al cumplimiento de lo estipulado: lo que se traduce en el mantenimiento de la atribución sobre vivienda de semejantes características, o en la satisfacción de igual cantidad al valor real de la renta de la vivienda perdida.

Con ello, quedaría cubierta la relación puramente contractual, que en nada perjudicaría a la interna entre los cónyuges, de forma que si la disposición del derecho se produce contraviniendo lo estipulado por los artículos 1.320 y 96.4.^o, el derecho atribuido se mantiene.

Artículo 96.3.^o: La atribución como parte de la pensión compensatoria. Semejante criterio y argumentación considero utilizable para el supuesto recogido en el párrafo 3.^o del artículo 96, *atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, cuando no existen hijos menores y se considera que sus intereses son los más dignos de protección.*

En este supuesto, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar ya no se produce tomando en consideración los mismos intereses a proteger que en los supuestos anteriores. La atribución no tiene su origen ya en el obligado mantenimiento de los hijos en el hogar familiar, y consecuentemente el cónyuge que conserva la guarda y custodia sobre los mismos.

Se trata en este caso de tener en cuenta, cuál, de entre los cónyuges tiene un interés más digno de protección, que determine la exclusión de uno de los cónyuges en el uso y disfrute de la vivienda, para que el otro sea el que permanezca en la misma, aunque no sea el titular del derecho arrendatario.

En este sentido, comparto la opinión de Roca Trías (79) cuando señala:

«A mi modo de entender, la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, tiene un marcado carácter asistencial: cuando se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan es una forma de contribuir a las cargas familiares, y cuando se otorga al

(79) ROCA TRÍAS: *Ob. cit.*, p. 612.

cónyuge no titular en caso de no existir hijos del matrimonio, se hace en virtud de la protección del interés más digna de ella». A tal opinión debe añadirse, con Rams Albesa (80) que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma se trata de una *sustitución total o parcial de la pensión compensatoria, en la misma línea de pensamiento que inspira el artículo 99* (81). De esta forma, al procederse a la adjudicación judicial del uso y disfrute de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular del arrendamiento, deberían ser tenidas en cuenta entre otras las circunstancias analizadas por el artículo 97 del Código civil para la concesión de la pensión compensatoria, así como el hecho de si el cónyuge titular ejerce profesión en la citada vivienda, o le es imprescindible para el ejercicio de la misma; por ejemplo, la vivienda de cuyo derecho arrendatario es titular (tipo de vivienda con unas características especiales exigidas por el tipo de profesión que desempeñe, etc.). En este sentido, y analizando el derecho, que nace en el cónyuge no titular (atribución como parte de la pensión compensatoria o en sustitución de la misma), lógicamente, habrá de ser tenido en cuenta este dato, *compensando* tal atribución con el importe de la pensión que en metálico se le pueda otorgar al citado cónyuge, para evitar las situaciones de desequilibrio a que aludíamos más arriba, y teniendo en cuenta, por tanto, que el cónyuge que sale de la vivienda ha de buscar lugar donde establece su domicilio, así como si el titular desplazado ha de seguir (frente a su cónyuge, puesto que frente al arrendador siempre será el obligado) satisfaciendo las cantidades establecidas en concepto de renta.

En cuanto al mantenimiento por el cónyuge titular, de su posición de arrendatario, pese a la atribución en favor del no titular, me remito a lo anteriormente señalado respecto al párrafo 1.º del artículo 96, en cuanto al hecho de que se han de mantener presentes en todo caso las diferencias entre las relaciones que nacen entre los cónyuges, frente a las relaciones externas con el tercero propietario de la vivienda, entendiendo que en todos aquellos supuestos problemáticos que se han analizado, y en los que se plantea la posible entrada en juego del cónyuge no titular de la vivienda, haciéndole entrar en el juego de las relaciones externas a las que no pertenece, hay que pensar que cualquier solución que suponga una interferencia de una esfera en la otra, mientras no se modifique la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley de Enjuiciamiento Civil y los preceptos que venimos co-

(80) RAMS ALBESA: *Ob. cit.*, p. 116.

(81) En este sentido vid., en lo que respecta a este punto, las sentencias recogidas en nota 77, y comentarios nota 76, que considero trasladables al supuesto del pár. 3.º del art. 96 del C.c., considerando que tal atribución efectivamente forma parte computable en la pensión compensatoria, y que ha de ser tenida en cuenta al efectuar la asignación de la misma.

mentando del Código civil, va a suponer, o una quiebra de principios procesales, o una vulneración de la protección del tráfico.

Lo que, entiendo, nace en favor del cónyuge no titular, con la atribución del uso y disfrute sobre la vivienda familiar, es un derecho al hogar familiar, como parte de la pensión compensatoria en su favor concedida, que en caso de pérdida por su titular en su perjuicio, no hace desaparecer el derecho, sino sustituirlo por un importe igual, o por una vivienda de características análogas a la arrendada.

Es posible pensar que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar arrendada, en los supuestos establecidos por el artículo 96 del Código civil, no suponen una creación de un derecho nuevo, cesión o posesión exclusiva del que era antes coposeedor, sino una forma de contribución a las cargas alimenticias en favor de los hijos, o de sustitución de la pensión compensatoria, lo que daría lugar a que en aquellos supuestos de pérdida del derecho arrendaticio por razones estrictamente nacidas de la relación arrendaticia, y en las que el titular arrendaticio actúe disponiendo de su derecho sin obrar con el consentimiento del cónyuge no titular, no se produzca la pérdida del derecho en el cónyuge al que se atribuye, ni desaparezca, por tanto, la obligación del cónyuge titular, obligando a sustituir, compensando, la sede del hogar familiar, por vivienda de semejantes condiciones, o por importe mensual que permita el acceso a una vivienda de semejantes características.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS ACTUALIZADORAS DE LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

**(En torno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo,
9 de abril y 14 de mayo de 1987)**

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Las diversas modalidades de actualización de la renta arrendaticia urbana.—2. La validez de las cláusulas de estabilización de la renta urbana.—3. La validez de las cláusulas de elevación de la renta urbana.

1. LAS DIVERSAS MODALIDADES DE ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA URBANA.

En un contrato de arrendamiento urbano, regido por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, se puede operar la revisión de su renta, bien por el mandato del legislador, al utilizar la vía normativa, por revisión judicial (1), o ya por las partes, cuando convienen mediante pacto su modificación.

En cuanto a esta última modalidad de pacto para cambiar la renta, realizada, bien de manera inicial, o, ya posteriormente, por las partes (arts. 97 y 98 de la LAU), ha dado lugar al empleo de las llamadas cláusulas de actualización o de estabilización, entre las que hoy día destacan las de escala móvil, o cláusulas índice, puesto que se refieren preferentemente a una escala (salarial, de precios, etc.), o bien a un índice económico (del nivel medio de vida, de consumo, etc.), que, de manera general e implícita, se han tomado en cuenta dentro del ordenamiento especial arrendaticio, cuando de modo concreto admite la posibilidad de que las partes hubieran convenido de modo expreso un «sistema de actualización» (art. 100-1.^º de la LAU).

(1) Sólo en el ámbito de las Audiencias Territoriales se advierte su aplicación, invocándose la desaparición de la base del negocio (AT de La Coruña, S. de 2 de junio de 1980), o la cláusula «*rebus sic stantibus*» (AT de Valladolid, S. de 31 de enero de 1983). Cfr. SOTO NIETO: *La cláusula «rebus sic stantibus» en arrendamientos*, en «Derecho Vivo. Jurisprudencia comentada», II, Madrid, 1971, pp. 855 y ss. MANZANARES: *En torno a la nulidad o validez de las cláusulas de elevación de renta de los arrendamientos urbanos*, en «Revista de Derecho Privado», diciembre de 1985, p. 1055.

Lo que se ha de entender por «sistema de actualización» pactado es una tarea interpretativa que el Tribunal Supremo ha venido concretando —aunque con diversa suerte sancionadora— a través de más de sus ochenta sentencias, al referirse y concretar tres modalidades preferentes: a) la de la simple «revisión de la renta; b) la de la «estabilización» de la renta, y c) la de la «elevación» de la renta.

a) La simple revisión de la renta pactada por las partes supone un pacto de modificación de su cuantía para una determinada fecha, o para una serie de períodos posteriores. De este modo se opera una novación modificativa en cuanto al objeto de la prestación prometida, que consiste, concretamente, en la variación de la suma o cantidad a pagar como renta.

La simple revisión de la renta pactada por las partes contratantes puede tener por objeto el que se eleve o rebaje dicha renta. Casi siempre el pacto de revisión ha sido para llevar a cabo una elevación, dadas las circunstancias inflacionistas de la moneda que, con el paso del tiempo, deterioró y rebajó el poder adquisitivo de la cuantía o suma de la renta inicialmente convenida.

En los ordenamientos extravagantes anteriores al vigente, donde la facultad de elevación de la renta venía prohibida, si se pretendía con posterioridad a la celebración del contrato, dado el carácter preceptivo del beneficio del bloqueo de la renta, así como el de la prórroga forzosa en favor del arrendatario, dichos pactos de revisión se declaraban nulos por las instancias juzgadoras.

En la legislación vigente, en base al art. 98, la renta de las viviendas y locales de negocio podrán ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes, si bien ahora ya tenemos que distinguir para los contratos contraídos con anterioridad a la derogación del beneficio de la prórroga forzosa para el arrendatario, por el Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, y los posteriores. Mientras que anteriormente una revisión de la renta, si se hacía mediante elevaciones consideradas como correctas, los tribunales las declaraban válidas (S. 11 de abril y 23 de noviembre de 1981, 11 de octubre de 1982 y 20 de octubre de 1984); en cambio, si las apreciaban elevadas, constantes y progresivas las sancionaban como nulas (SS. de 22 de diciembre de 1977, 5 de abril de 1981 y 31 de octubre de 1984), ya que, entonces, entendía que se cometía un fraude a la ley arrendaticia por el arrendador frente al arrendatario, al tratar de impedir indirectamente el ejercicio de su beneficio a la prórroga forzosa. En la actualidad, esta consideración sólo podrá ser hecha a dichos contratos anteriores al Decreto-Ley de 1985, ya que no a los posteriores, en los que no cabe alegar un fraude a la Ley para evitar la norma preceptiva de la prórroga forzosa en favor del arrendatario; ahora bien, en el caso de la cuantía de la renta se vuelva excesiva, desproporcionada o injusta, entonces puede caber el invocar un abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, al sobrepasar los límites normales de su ejercicio (arts. 7-2.^º del Cc. y 9 de la LAU).

b) Cuando las partes han convenido una cláusula de estabilización es que han considerado una novación modificativa del objeto de la prestación mediante la alteración de su propia naturaleza dinaria, al transformar la obligación pecuniaria en una deuda de valor; de aquí, que la suma o cantidad, de estar inicialmente determinada, pasa a ser posteriormente determinable en cada período pactado.

Las cláusulas de estabilización tienen siempre un efecto bilateral para las partes contratantes, al depender tanto de su intencionalidad previsora para ambas, como las posibilidades de alza o baja del precio del índice convenido dependiente

de las alteraciones monetarias; de aquí que por su naturaleza sean reciprocas, conmutativas y equivalentes para los contratantes.

c) En cambio, las cláusulas de elevación de la renta —tantas veces confundidas con las anteriores de estabilización—, son aquellas por cuyo pacto sólo se pretende lograr para una sola de las partes —en el caso de inflación, el acreedor— que no se vea dañada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda respecto a la cuantía de la renta inicialmente pactada. Si al pactar el alza de la cuantía de la renta se hace en base a un porcentaje excesivo o especulativo, de modo progresivo y periódicamente constante, ello puede implicar —y de hecho así ocurrió en muchos casos— una manera indirecta y fraudulenta de obligar al arrendatario, por su gravosidad, a tener que renunciar a su beneficio de prórroga del contrato (arts. 6 y 57 de la LAU); de aquí que el Tribunal Supremo estableciera su conocida doctrina de la llamada «ecuación prórroga-renta», por la que declaraba nulas dichas cláusulas de elevación de la renta (SS. de 9 de febrero de 1967, 7 de febrero de 1970, 24 de junio de 1971, 23 de abril de 1973, 9 de febrero de 1974, 28 de febrero y 28 de noviembre de 1975, 31 de marzo de 1977, 13 de febrero de 1980, 5 de abril de 1981 y 31 de octubre de 1984). Ahora bien, cuando la cláusula de elevación de la renta se acuerda por las partes en base a un índice económico de los establecidos oficiosamente, como el del «nivel medio de vida», o el «índice de consumo» del Instituto Nacional de Estadística, se reputa válida a partir de la sentencia de 23 de enero de 1985, confirmada por las de 21 de octubre del mismo año, así como de 13 de mayo de 1986 y 9 de marzo de 1987, por entender que en dicha cláusula han de considerarse comprendidas las variaciones a la baja.

2. LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION DE LA RENTA URBANA

Dentro del «sistema de actualización» convencional que legitima expresamente la Ley de Arrendamientos Urbanos¹ en su artículo 100, número 1.º, las cláusulas de estabilización son la modalidad pactada por las partes contratantes más idóneas y más justas para corregir los desequilibrios de los valores patrimoniales intercambiados, de modo que se mantengan equitativa y conmutativamente cuando vienen modificados por las alteraciones monetarias.

La idoneidad de una cláusula de estabilización, así como su justicia, se basa en la propia naturaleza jurídica de sus efectos bilaterales para ambas partes contratantes ante las diversas modalidades de alteraciones monetarias (inflación, deflación, depresión, etc.), mediante la corrección que operan de un modo implícito de nivelación en el alza o en la baja del valor del objeto de sus prestaciones ante una alteración del poder adquisitivo de la moneda, por lo que dicho poder adquisitivo se mantendrá en aquellas circunstancias iniciales de proporcionalidad, conmutatividad y equivalencia queridas por los contratantes.

Esta proporcionalidad inicial querida por las partes la buscan consciente, o inconscientemente, a través de la transformación de su deuda pecuniaria en una deuda de valor, para la cual, acuden a elegir un índice económico de comparación que esté en relación con las transformaciones valorativas provocadas por las alteraciones monetarias. En la corta historia sobre las posibilidades de la legitimidad y validez de las cláusulas de estabilización dentro de un sistema normati-

vo general (ya imperativo o prohibitivo, o ya potestativo), es la elección por las partes de un índice económico adecuado el que va a operar o no su licitud y validez, bien por su idoneidad, o bien por su inadecuación. Entre nosotros, las primeras cláusulas «valor oro o plata» comenzaron declarándose válidas por el Tribunal Supremo (SS. de 28 de noviembre de 1957 y 26 de noviembre de 1968) hasta concluir que eran nulas (S. de 27 de febrero de 1974). Las cláusulas «valor pan» también fueron declaradas nulas (SS. de 13 de noviembre y 25 de enero de 1955); en cambio, fue declarada válida aquella cláusula que hacía referencia a la «marcha del negocio» (S. de 16 de octubre de 1956), o al «precio del carbón» (S. de 19 de diciembre de 1966); por el contrario, nulas lo fueron las que establecían la estabilización según los «precios al por mayor» (S. de 9 de febrero de 1974), en un «tanto por ciento» (15 por 100, 20 por 100, etc.); igualmente, las que se referían al valor de las «horas de trabajo» (SS. de 3 de marzo de 1962 y 1 de abril de 1965), el «poder adquisitivo de doce pesetas» (S. de 5 de marzo de 1974), o de un «salario mínimo» (SS. de 2 de diciembre de 1977 y 20 de noviembre de 1980); sin embargo, fueron consideradas válidas las cláusulas cuyo índice era el «jornal de un operario» (SS. de 30 de octubre de 1964, 25 de enero de 1973, 26 de diciembre de 1973), el «alza de una cantidad determinada» (SS. de 18 de febrero de 1971 y 23 de abril de 1973), el «valor trigo» (S. de 15 de febrero de 1972), el «metro cuadrado de construcción» (S. de 20 de noviembre de 1972), y el «valor incremento de los terrenos» (S. de 22 de junio de 1983).

Para que se trate de una cláusula de estabilización, propiamente dicha, las partes contratantes habrán de reflejarlo en su pacto con una dicción apropiada, o claramente expresiva, en el sentido de su efecto bilateral para ambas (se «estabilizará», se «adecuará», se «variará», se «revisará», se «alterará», se «acomodará», etc.).

Además, para que sea una cláusula estabilizadora, el índice elegido por las partes deberá guardar una cierta conexión valorativa proporcional en relación con el mercado de valores medios en que va a desarrollarse, sin que se refiera a productos, materias o relaciones especulativas (el mismo «oro», el «petróleo», etc.). También —como ha hecho ver fundamentalmente la doctrina francesa y decidido para su validez por sus tribunales— (2), el índice de valor debería guardar una relación adecuada dentro del ámbito urbano, razonablemente ligado al objeto o finalidad del contrato.

Tales consideraciones fundamentales, propias de una cláusula de estabilización, las vemos reflejadas en la reciente sentencia de 9 de marzo de 1987, que consideraba el caso de la cláusula en la que las partes habían expresado textualmente lo siguiente: «Estabilización de rentas. Porque así conviene a los contratantes, la renta aquí estipulada se acomodará, cada dos años, a las variaciones que experimente el salario mínimo interprofesional, tomando como base el vigente en la fecha de este documento (28 de septiembre de 1973)».

(2) Cfr. BOYER, L.: *A propos des clauses d'indexation: du nominalisme monétaire à la jurisprudence contractuelle*, en «Mélanges Marty», 1978, pp. 87 y ss. LAFOURCADE, J.: *Pour un renouveau des obligations indexées*, en «Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique», XXXVI, 1983, pp. 51 y ss. CHAUVEL, P.: *Indexation et baux commerciaux*, en «Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique», XXXIX, 1986, pp. 359 y ss.

Que se trata de una cláusula de estabilización, se deduce, en primer lugar, por la denominación concreta que le atribuyen las partes en su contrato («estabilización de rentas») y por sus efectos. Aunque, el arrendatario adujese posteriormente en juicio su invalidez, porque «únicamente prevé el aumento de la misma», o sea, de la renta, y no su reducción, por lo que sería de elevación, pero no de estabilización, el Tribunal Supremo, ahora, no lo considera así, a pesar de la nulidad declarada en su análogo y anterior fallo (S. de 2 de diciembre de 1977). Las razones de las que se sigue la admisibilidad y validez de la discutida cláusula revisora de renta —añade la citada sentencia— pueden sintetizarse en las siguientes: a) «Del hecho de que el salario mínimo interprofesional haya operado siempre al aumento y no sea concedible una reducción en el futuro, no se sigue necesariamente que tal cláusula haya de operar en cada revisión siempre al alza, pues no hay norma que así lo establezca; de igual forma que es ya tradicional que el índice del coste de vida no ha operado nunca a la baja, aunque no se descarta, ni nada lo prohíbe, que alguna vez se reduzca y repercuta sobre las rentas arrendaticias urbanas. No puede en un caso ni en otro descartarse totalmente la hipótesis de reducción de salarios o coste de vida, equiparables ambos a los efectos de revisiones de rentas. b) La cláusula debatida no prevé únicamente el aumento de la renta, sino que se limita a declarar que «se acomodará, cada dos años, a las variaciones que experimente el salario mínimo interprofesional»; autoriza, pues, tanto el aumento como la disminución, y no debe olvidarse que la interpretación del contrato ha de hacerse de tal modo que se favorezca la producción de sus efectos. c) El criterio que ahora se mantiene es conforme con el principio que inspira los artículos 97, 98 y 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y como indicó la sentencia de 21 de octubre de 1985, implica una interpretación y aplicación prudente de las cláusulas de estabilización en los arrendamientos urbanos, atendiendo a las circunstancias económicas y sociales del momento histórico que señala el artículo 3, párrafo 1.º, del Código civil, a la vez que con el adecuado respeto a los intereses en juego, por lo que la interpretación de dichas cláusulas ha de hacerse en íntima conexión con el principio de libertad de contratación y con las limitaciones que a tales efectos señala el artículo 1.255 del mismo Código, limitaciones que han de entenderse en relación con la única renuncia de derechos que la Ley de Arrendamientos Urbanos prohíbe expresamente, y que no excluye se comprendan también en las verificaciones a la baja».

3. LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA URBANA

Cuando arrendador y arrendatario han pactado la revisión de la renta de su contrato dentro de un período o períodos determinados, según la normativa vigente es legítimo, ya que dichas partes pueden estipularla libremente (art. 97 de la LAU) y, asimismo, establecer un pacto para su elevación o reducción (art. 98 de la LAU).

La simple revisión de la renta de un contrato tan sólo supone una corrección de la suma o cantidad del precio del contrato, bien sea para reducirla o bajarla, o ya sea para elevarla o subirla. De aquí que la revisión de la renta pueda dar lugar a que en el contrato aparezca una cláusula de reducción de la renta o una cláusula de elevación de la misma.

Recientemente, ante el Tribunal Supremo, han ocurrido varios supuestos de revisión de la renta mediante el empleo por las partes de cláusulas de elevación, si bien con la particularidad de que su elevación o aumento de la renta se refería a índices económicos oficiosos. Tal es el caso de las sentencias de 14 de mayo de 1987 y de 9 de abril de 1987.

En el caso de la sentencia de 14 de mayo de 1987, en la cláusula III del contrato se conviene «incrementar» la renta del local de negocio dado en arriendo, según el coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística.

No se trata, pues, de una «cláusula de estabilización», tal como afirma la sentencia, sino únicamente de elevación, porque, «sólo contempla, nominalmente, en el contrato la elevación en más», según reconoce ella misma. Ahora bien, estas cláusulas de revisión de la renta cuyo objeto es elevarla, entran dentro del ámbito de las cláusulas de actualización cuando su finalidad no trata de obtener una nueva ventaja o mayor ganancia, sino el equilibrar el poder adquisitivo perdido por la alteración monetaria; de aquí que, cuando estas cláusulas han elegido un índice económico apropiado u oficioso sean declaradas como válidas, ya que —según afirma la sentencia— con ello no vulneran otros derechos preceptivos, como el de prórroga del arriendo (S.S. de 21 de octubre de 1985 y 9 de abril de 1987), al estar basadas en el principio de libertad de contratación del artículo 1.255 del Código civil y en el de autonomía que a los contratantes otorgan los también citados artículos 97, 98 y 100 de la LAU, «por todo lo cual —continúa aduciendo la sentencia— obliga a admitir la eficacia de estas cláusulas en las que sólo se contiene referencia expresa al alza, al menos en aquellos casos, como el presente, en que el convenio de escala móvil se fundamenta sobre un índice o autorización oficial, ya que entonces, al par que la elevación, queda abierta la posibilidad de incluir en ellas las variaciones a la baja, si el índice o acuerdo del Órgano Oficial se pronuncia en tal sentido, lo que patentiza al máximo, el motivo de justicia comutativa que, en los contratos a largo plazo, permite mantener la equivalencia de las prestaciones acordadas, rindiendo, a la vez, el acatamiento debido a las reglas de la buena fe a las que ha de acomodarse el cumplimiento de las obligaciones contraídas (arts. 7 del Cc. y 9 de la LAU) cuya vigencia —la de la buena fe— pone en principio en entredicho la conducta de la parte que resiste el cumplimiento de la movilidad de la contraprestación en su día libremente concertada, y cuya contemplación del lado del arrendador determinó, sin duda, la conclusión del negocio jurídico en el que se inserta». Además, en este caso, el Tribunal Supremo considera que la cláusula no contiene términos abusivos, ni de modo expreso ni larvadamente, que alteren la ecuación «prórroga renta» que permitiese una desmesurada elevación de la merced arrendaticia e hiciese peligrar el ejercicio del derecho a la prórroga del contrato, cuya irrenunciabilidad consagra el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero este no sería el supuesto de una «cláusula de estabilización», como afirma la sentencia, sino el de una típica cláusula de elevación, la cual sí puede entrañar por sus excesos fraude a la Ley y sí que sería nula conforme al artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de la doctrina interpretativa (S. de 13 de febrero de 1980). En cambio, en el caso de autos —según afirma esta sentencia de 14 de mayo de 1987— al estar limitado el montante de actualización de la renta contractual, por decisión inequívoca del arrendador, el aplicar el índice del coste de vida del Instituto Nacional de Estadística, hace acto de presencia y la consideración del principio de buena fe.

En el caso de la sentencia de 9 de abril de 1987, las partes que contraían el arrendamiento habían pactado en su cláusula 5.^a del contrato que «al prorrogarse cada año (el arrendamiento) se aumentará el porcentaje que diga el Instituto de Estadística en proporción a lo que haya aumentado el coste de vida».

No cabe duda que estamos ante una cláusula de elevación de la renta («se aumentará», «lo que haya aumentado») y no ante una cláusula de estabilización, como afirma el considerando de la sentencia, al creer que «dicha pretensión acoge un rigorismo afortunadamente ya superado por la más reciente jurisprudencia de la Sala que ha proclamado la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización o actualización en las que nominalmente sólo se aluda a futuros incrementos según el coste de la vida, sin hacer la más adecuada y completa previsión a la alza y a la baja, en la medida que aquélla trasciende y se hace patente, dentro del marco de principio de libertad de contratación, el reflejo de la realidad económico-social del tiempo presente, cuyo sentido ha de ser acogido por los tribunales en su obligada interpretación de las normas, en cumplimiento de lo preceptuado en el número 1.^º del artículo 3 del Código civil».

La confusión vuelve a producirse al tratar de aplicar una interpretación sociológico-económica del artículo 98 de la LAU, al afirmar que se «comenzó negando validez a las cláusulas de estabilización que contuvieran únicamente referencia al aumento de la merced arrendaticia», puesto que tales cláusulas no son nunca de estabilización y sí tan sólo de elevación de la renta, pues, ese es el único efecto declarado por las partes. Ahora bien, esas cláusulas de elevación lo son de actualización de la renta e, incluso, contribuyen a una estabilización, cuando las partes se han referido a unos índices económicos oficiales considerados, o efectivamente motivados, que reflejan las alteraciones del nivel de vida y, por tanto, aunque las partes se hayan referido únicamente a su alza, el Tribunal Supremo entiende que también debe comprenderse las variaciones a la baja (SS. de 31 de octubre de 1983, 22 de junio de 1984, 23 de enero y 11 de marzo de 1985, 9 de marzo y 14 de mayo de 1987).

RENTA INICIAL Y RENTA ACTUALIZADA COMO BASES DEL COMPUTO DE LAS SUCESTIVAS REVISIONES DE LA RENTA URBANA

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 25 de noviembre de 1987)**

SUMARIO: 1. El caso de autos y las decisiones judiciales. 2. La depreciación de la moneda y sus efectos jurídicos. 3. La operatividad para la aplicación del índice de revisión sobre la renta.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES JUDICIALES

El arrendador de un local de negocio pacta con el arrendatario una cláusula de estabilización de la renta para cada nuevo bienio en un contrato celebrado el año 1980.

Mientras el Juzgado de Primera Instancia decide que la actualización de la renta se haga siempre con arreglo a la renta inicialmente pactada en el contrato, la Audiencia revoca este fallo y considera que debe hacerse sobre la última renta y actualizada. El Tribunal Supremo confirmará la decisión de la Audiencia, por lo que desestimará el recurso de casación de la parte demandada en base a los siguientes fundamentos de derecho: «El motivo 1.º, con base en el artículo 1.696-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el motivo 3.º, apoyado en el número 5.º del citado artículo, por infracción del artículo 1.281 del Código civil, tienen, pese a la diversidad de su curso, una finalidad común, que es la de acreditar un error en la apreciación de la prueba o bien una mala interpretación de la relación contractual, que han llevado al Juzgador de instancia a desconocer que la renta contractual pactada (30.000 pesetas al mes) es la de servir de soporte de revisión bienal según los índices oficiales del Instituto Nacional de Estadística, sin que se tome como base la renta que resulta de la revisión anterior. Ambos motivos deben de ser rechazados porque, la actual doctrina jurisprudencial, con el propósito de mantener la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, en vista de la depreciación progresiva de la moneda, mantiene que la revisión ha de operar sobre la renta pactada, la primera vez y sobre la actualizada en las sucesivas (sentencias de esta Sala de 13 de mayo de 1986 y 27 de enero de 1987, como más recientes)».

Además, «el arrendador, por medio de su abogado, dirigió una carta (20-10-1983) a la arrendataria en la que anuncia que, a partir del siguiente día, le aplicará la renta resultante de la fluctuación que, en su día, señale el Instituto Nacional de Estadística para el bienio que finalizaba el día de la fecha de la carta, sin señalar cantidad concreta, carta que no tuvo respuesta de la arrendataria. Esta comunicación fue complementada por requerimiento notarial de 16-8-1984, cuando el arrendador ya conocía el incremento aplicable del 27,70 por 100, señalando la concreta cuantía de la variación. Ante estos hechos, debe deducirse que la conducta del arrendador es correcta, pues, en notificación no sometida a especiales formalidades, hizo saber su propósito de aplicar la revisión que resultase de los índices de referencia de la cláusula de estabilización, que habría de tener vigencia, para el próximo período y su efectiva aplicación cuando el índice aplicable al período anterior fue conocido, no entraña una efectividad retroactiva, sino ajustada al período contractual previsto por la cláusula de estabilización y totalmente acorde con los fines de la cláusula, que es el de variar la cuantía de la renta, para conservar el equilibrio de las prestaciones recíprocas, en cada período, según resulte de la variación del valor del dinero en el período consumado. Si el aumento, cuando sea conocido el índice, no comprende el período contemplado, se incumplirían los términos de lo pactado, trasladándose la aplicación de la cláusula a tiempo diferente al previsto con una incertidumbre impropia del plazo».

Esta sentencia viene a confirmar una postura interpretativa, plenamente consolidada, de considerar que la revisión ha de operar sobre la renta actualizada (sentencias de 22 de junio de 1984, 13 de mayo de 1986, 27 de enero de 1987), a excepción de que las partes hayan querido expresamente que la revisión de la renta se haga sobre la cuantía concreta de la renta inicial para los sucesivos períodos en que deba de actualizarse (sentencia de 30 de enero de 1981).

Por su lado, los autores (1) mantuvieron posturas diversas en cuanto a este aspecto, que fue muy discutido, en los casos en que no constase lo suficientemente delimitada la voluntad de las partes respecto al modo operativo de llevar a cabo las actualizaciones posteriores de la renta, si sobre la inicial o la últimamen-

(1) Cfr. TRUÁN DE PINEDA, R.: *Las cláusulas de estabilización de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas*, en «Boletín Informativo de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia», 351 (abril 1982), pp. 6 y ss.; BONET CORREA, J.: *El pacto de actualización de la renta de un local de negocio: su aumento no acumulativo* (comentario a la S.T.S. de 30 de enero de 1981), en *Anuario de Derecho Civil XXXV-1* (1982), pp. 224 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Arrendamientos urbanos de local de negocio. Interpretación del pacto de revisión de renta: cláusula de estabilización. Aumento acumulativo de la renta* (Comentario a la S.T.S. de 22 de junio de 1984) en «Colección Civitas de Jurisprudencia Civil», 6 (1984), pp. 1893 y ss.; FUENTES LASTRES: «Actualización de rentas, en Administración Rústica y Urbana», 52 (abril-junio 1984, p. 28; BONET CORREA, J.: *La actualización de la renta urbana sobre la renta obtenida de las revisiones precedentes y no en base a la inicial* (comentario a la S.T.S. de 22 de junio de 1984), en «Anuario de Derecho Civil», XXXVIII-2 (1985), pp. 459 y ss.; MANZANARES SECADAS, A.: *Algunas cuestiones sobre las cláusulas de revisión de renta en los arrendamientos urbanos* (comentario a la S.T.S. de 13 de mayo de 1986), en «Anuario de Derecho Civil», XL-1 (1987), pp. 473 y ss.; BONET CORREA, J.: *La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendaticia urbana y las cláusulas de estabilización* (en torno a la S.T.S. de 13 de mayo de 1986), en «Revista General de Derecho», 513 (junio 1987), pp. 3081 y ss.

te revisada. El argumento fundamental para entender que las partes, al querer actualizar la renta, lo hacían como consecuencia de la depreciación progresiva de la moneda, era evitar la quiebra de la equivalencia de sus prestaciones; por tanto, la operación de estabilización había que llevarse a cabo sobre la renta ya actualizada. Esta conclusión, de nuevo confirmada por la presente sentencia, además de destacar su causa principal, como es la alteración del valor del dinero, resuelve el modo operativo de aplicación de los índices dentro del período contractual previsto por la cláusula estabilizadora, sin que ello entrañe una efectividad retroactiva.

2. LA DEPRECIACION DE LA MONEDA Y SUS EFECTOS JURIDICOS

Desde que la peseta, como unidad de medida del sistema monetario español, hizo su aparición en el último tercio del siglo pasado, su derrotero hasta nuestros días ha constituido una progresiva depreciación; si el Real Decreto de 19 de octubre de 1868 estableció que la peseta de plata tenía cinco gramos de peso y su ley era de 835 milésimas, a los noventa años, el Decreto-Ley de 4 de julio de 1958, que aún fijaba la paridad de la peseta, lo hacía en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, con lo que aquella peseta inicial equivalía ya a 19,60 pesetas. En los treinta años transcurridos hasta hoy la peseta ha seguido una línea constante de devaluación y depreciación debido a la base fiduciaria de su actual sistema monetario, al carecer del respaldo de los metales nobles (oro y plata).

Esta progresiva alteración de la moneda española ha tenido, y tiene, una honda repercusión en el ámbito jurídico patrimonial, sobre todo dentro de la contratación a largo plazo y en la de trato sucesivo, debido a que el pago de las deudas de dinero se basa en el principio nominalista, el cual, si bien enuncia la igualdad constante de la moneda («peseta igual a peseta»), no obstante, resulta vulnerado por los propios gobernantes y por los gobernados. Aunque la moneda permanece exacta en cuanto a su atribución cuantitativa, por el contrario, no le sucede así en cuanto a su frágil igualdad valorativa; la naturaleza abstracta y permanente de la primera contrasta con la convencional o de autoridad de la segunda, donde los hombres dejan de mantener los compromisos de identidad de valor prometidos. El acoso que le provocan las alteraciones dinerarias concluye por poner en crisis su principio nominalista, destruyendo aquella igualdad valorativa enunciada y defraudando a quienes confiaron en la misma a la hora de obtener su equivalente pecunario; la moneda como unidad de medida es siempre un número fijo, pero no lo es su valor, porque se cambia o altera, perdiendo su igualdad cualitativa o poder adquisitivo.

Al aceptarse el principio nominalista como regla general que mantiene tanto la igualdad cuantitativa como la cualitativa del dinero en el ámbito de las relaciones patrimoniales, en base a la fiducia o confianza que los usuarios depositan en el poder público que lo emite, así como por la seguridad y fijeza que se necesita para poseer una eficacia como medio de pago, es por lo que es suficiente para las partes que pacten el pago de una deuda monetaria simplemente por la determinación de su cuantía, para que se considere como una simple obligación de suma o cantidad (nombrada comúnmente por la doctrina como deuda pecuniaria), mediante la cual, al deudor le basta para cumplir o pagar esta obligación

la entrega de aquella misma suma o cantidad prometida. Al mantener el principio nominalista una igualdad de valor de la moneda de curso legal, en principio, las alteraciones leves fueron consideradas como un riesgo inherente a dicha moneda, algo propio que respondía a una cierta versatilidad del ámbito económico, que el deudor tenía que asumir.

Ahora bien, cuando ese mundo económico deja de ser racional y se vuelve egoísta, irracional e irresponsable, mediante guerras y manipulaciones, los principios y reglas establecidos, al igual que sus símbolos, como el dinero, se quiebran y dejan de ser aquella expresión tan equilibrada y exacta como unidad de valor del ámbito patrimonial, convirtiéndose en medida engañosa y dañina, al venir alterado el valor de sus monedas, por lo que deja de ser el instrumento de cambio equivalente y el medio de pago proporcional y satisfactorio; con ello se producen unos inusitados efectos, tanto macro-económicos respecto de una justicia distributiva como casuísticos dentro de las relaciones privadas y de su justicia comunitativa.

Este panorama de las alteraciones monetarias es el que queda reflejado en las diversas relaciones jurídicas de trato sucesivo, vueltas conflictivas, sobre todo para los acreedores, tal como aparece en estas últimas décadas ante el Tribunal Supremo, donde se advierte el daño y la injusticia que implican, según se viene a declarar en la presente sentencia: «La actual doctrina jurisprudencial, con el propósito de mantener la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, en vista de la depreciación progresiva de la moneda, mantiene que la revisión ha de operar sobre la renta pactada, la primera vez y sobre la actualizada en las sucesivas. Con lo cual se viene a conseguir un concreto equilibrio de dichas prestaciones reciprocas “al aplicar la revisión que resultare de los índices de referencia de la cláusula de estabilización”».

3. LA OPERATIVIDAD PARA LA APLICACIÓN DEL INDICE DE REVISIÓN SOBRE LA RENTA

El índice de revisión a la renta pactada lo eligen las partes contratantes según entienden que sea el que mejor refleje las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda de curso legal. Este poder adquisitivo de la moneda resulta de una serie compleja de valores y precios dentro de la economía de un país, incluso en su conexión con otros países. De aquí que, la elección de las partes de un índice sectorial determinado, puede no reflejar el poder adquisitivo de la moneda, por ser coyuntural, especulativo y parcial.

La doctrina jurídica francesa (2), al momento de tener que razonar los criterios de proporcionalidad, equidad y validez de un índice concreto aplicable a un contrato, como el de arrendamiento urbano, ha enjuiciado que para una co-

(2) Cfr. LEVY, J. Ph.: *Note: Nullité d'une clause d'indexation. Trib. grand. inst. Le Mans, 1.º mars 1983*, en «*Juris Periodique*», 1983. II. 19991; LAFOURCADE, J.: *Pour un renouveau des obligations indexées*, en «*Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*», XXXVI (1983), pp. 9 y ss.; LEVY, J. Ph.: *Note Civil 1.º, 15 juin 1983: Indexation sur le cours d'une monnaie étrangère, paiement international; validité*, en «*Juris Classeur Periodique*», 1984. II. 20123; CHAUVEL, *Indexation et baux commerciaux*, en «*Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*», 3 (1986), pp. 359 y ss.

rrecta estabilización de la renta ha de guardar una especial relación con este ámbito inmobiliario, como pueden ser los índices de precios del metro cuadrado construido, de los salarios del sector, de la actividad que se desenvuelva en el local, etc.

En nuestro ámbito jurisprudencial se han visto admitidos como válidos los índices correspondientes a la «marcha del negocio» (sentencia de 16 de octubre de 1956), el «jornal de un operario» (sentencias de 30 de octubre de 1964, 25 de enero y 26 de diciembre de 1973), el «metro cuadrado de construcción» (sentencia de 20 de noviembre de 1972) o el «valor de incremento de los terrenos» (sentencia de 22 de junio de 1983). En cambio, se han considerado nulos los que se basaban en el «valor pan» (sentencias de 13 de noviembre de 1954 y 25 de enero de 1955), en las «horas trabajo» (sentencias de 3 de marzo y 1 de abril de 1965), en el «salario mínimo» (sentencias de 2 de diciembre de 1977 y 20 de noviembre de 1980) (3) o «precios al por mayor» (sentencia de 9 de febrero de 1974).

Ante la diversa suerte que puede correr la elección de uno u otro índice de valor por los tribunales y con objeto de reflejar la mayor proporcionalidad entre un índice económico y el poder adquisitivo de la moneda se han venido elaborando por organismos competentes, como el Instituto Nacional de Estadística, unos índices de coyuntura referidos al «coste del nivel de vida», al «índice de precios al consumo» e, incluso, concretamente el de «viviendas en alquiler», los cuales, al reflejar su mayor idoneidad y adecuación con el poder adquisitivo del dinero, son admitidos congruentemente y sancionados válidamente por nuestra jurisprudencia para actualizar la renta.

Las partes pactarán el índice económico para la revisión de la renta según adviertan la cadencia de alteración del poder adquisitivo de la moneda —un año, dos, tres, etc.—. Por tratarse de una obligación de trato sucesivo, el precio o renta ha de operar una novación en cuanto a la determinación de su cuantía, puesto que la inicialmente pactada deberá resultar nuevamente fijada para el período de vigencia posterior: la suma o cantidad así obtenida es la que, posteriormente, volverá a novarse mediante la adecuación al vigente índice de valor, ya que, en cada revisión sucesiva, aquella deuda de suma, las partes, mediante su pacto inicial, la han transformado en una deuda de valor para cada período sucesivo.

El proceso acumulativo o de disminución que pueda producirse en el tiempo es proporcional con el del poder adquisitivo en alza o en baja de la moneda, su inflación o deflación. De ahí que el Tribunal Supremo estime que «al paso de cada año sucesivo, la renta se adecuará al índice general del coste de la vida, de forma que toda variación que experimente el mismo corresponda otra variación proporcional de la renta», puesto que, «a todas luces lo pretendido no es otra cosa que mantener la equivalencia entre la renta pactada y las incidencias del coste de la vida durante toda la duración del contrato» y «la consiguiente

(3) Por el contrario, la sentencia de 9 de marzo de 1987 declara la validez de la cláusula de actualización basada en el índice del «salario mínimo interprofesional», cfr. ROJO AJURIA, L.: *Arrendamiento de local de negocio; cláusula de estabilización; salario mínimo interprofesional; petición de nulidad; interpretación del R.D.L. de 30 de abril de 1985. Comentario a la S.T.S. de 9 de marzo de 1987*, en «Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil», 13 (enero-marzo de 1987), pp. 4413 y ss.

obligación de ajustar la renta a las variaciones resultantes de la aplicación de tal cláusula, aplicable en cada ocasión sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes» (sentencia de 22 de junio de 1984). Esta misma operatividad viene confirmada por la sentencia de 13 de mayo de 1986, al expresar que «para cada incremento ha de tomarse en cuenta como básico el resultado de la variación precedente y no la inicialmente pactada», porque «precisamente la novación pactada eventualmente para las posibles incidencias del coste de la vida o de los precios de consumo, de no aplicarse partiendo de la precedente renta actualizada —fruto de convención— supondría un desfase con fractura grave de la equivalencia de las prestaciones». Además, como ha precisado la sentencia de 27 de enero de 1987, «no se trata de contabilizar la revisión en base a la renta convenida o inicial, sino a la relación entre el índice del coste de la vida en la fecha inicial del propio contrato con el que proceda en la fecha de revisión, ya que, entonces, no se cumpliría el designio de desbloquear, cada dos años, el precio del arriendo, mediante la acomodación de renta prevista por las partes, de modo que el valor original convenido en concepto de renta permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero».

De aquí que, en la presente sentencia de 25 de noviembre de 1987, se concluya, sin más argumentos y apoyo que la cita de las dos anteriores sentencias, que «la actual doctrina jurisprudencial, con el propósito de mantener la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, en vista de la depreciación progresiva de la moneda, mantiene que la revisión ha de operar sobre la renta pactada, la primera vez y sobre la actualizada, en las sucesivas».

Por último, una cuestión de detalle práctico que plantea frecuentemente dudas a la hora de realizar la contabilización para la revisión de la renta y el índice que debe aplicarse para el nuevo período todavía no ha sido publicado. En este caso, como en el de autos, el arrendador actúa correctamente cuando notifica al arrendatario su propósito de aplicar la revisión que resultare del índice de referencia pactado y que deberá tener vigencia para el próximo período y su efectiva aplicación posterior cuando el índice aplicable sea conocido, sin que ello entrañe «una efectividad retroactiva, sino ajustada acorde con los fines de la cláusula, que es el de variar la cuantía de la renta para conservar el equilibrio de las prestaciones recíprocas en cada período, según resulte de la variación del valor del dinero en el período consumado».

Otra cosa sería un retraso desleal, pasado el primer período o los sucesivos de revisión, sin que el arrendador hiciese aplicación de la cláusula de estabilización y tratase de recuperarlos posteriormente mediante un cobro inoportuno y gravoso para el deudor o arrendatario.

JOSÉ BONET CORREA

II. Sentencias (*)

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA SANTERO
Francisco LLEDO YAGUEZ
Juan Antonio MORENO MARTINEZ
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Actos contrarios a la Ley. Clasificación.—No es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos contrarios a la ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma. El precepto (sentencias de 27 de febrero de 1964 y 28 de julio de 1986) no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1.^º aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio; 2.^º actos contrarios a la ley en que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos «contra legem», y 3.^º actos que contrarien o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código llama «causa torpe». Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula.

Transmisión mortis causa de oficina de farmacia.—El precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero que se quiere extender a los cuarto y quinto y por lo tanto a la totalidad de lo convenido en I de

(*) Coordinador: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ.

abril de 1979 resulta ser el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por lo tanto, una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. Aparte su rango de Real Decreto (no de Real Decreto-Ley, que actualmente contempla el artículo 86 de la Constitución), con toda probabilidad no era esa la disposición general llamada a regular el caso incluso en el orden puramente administrativo y la que habría resultado contrariada, ya que el fallecimiento del farmacéutico causante de los actores ocurrió en el año 1969 bajo la vigencia del Decreto de 31 de mayo de 1957, que sustituyó al de 24 de enero de 1941. Disponía el vigente al tiempo del óbito que «las (farmacias) que se adquieren por herencia de los farmacéuticos que, siendo sus propietarios, ejercían en ellas su profesión», no tendrán la consideración de «nuevas farmacias» y «el nuevo dueño podrá continuar al frente de la misma, si reuniere los títulos necesarios, o bien enajenarla» y «si careciere de tales títulos, vendrá obligado a su enajenación o bien a su cierre, en el plazo previsto en la Orden Ministerial de 29 de mayo de 1944». Por tanto, parece que ni siquiera la normativa administrativa produce el efecto pretendido por la demandada de quedar dueña del establecimiento que constituía la mejor parte de la herencia causada por su padre y antes bien admite su transmisión «mortis causa» a favor de los herederos instituidos en el testamento de 19 de enero de 1950. Regularizada administrativamente la farmacia, nada se opone hoy a la plena efectividad de lo pactado en 1 de abril de 1979.

Nulidad parcial del contrato.—Las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto «la levedad del caso así lo permite» y lo que resultaría «contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público» sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz. (STS 17 octubre 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

2. Doctrina de los propios actos. Requisitos.—Que esta Sala tiene reiteradamente declarado que la virtualidad del principio de derecho de los actos propios exige: a) que el acto propio que se pretende combatir haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta o presión de quien pretende valerse en provecho propio del mismo; b) además es necesario un nexo causal entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior, y c) dicho principio sólo puede estimarse cuando el acto o actos en que se apoye definan de modo inalterable la situación del que los realiza, y que los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.

Renuncia tácita al derecho de servidumbre.—Si en la técnica jurídica se entiende por renuncia aquella manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona, resulta evidente que dicha renuncia, aparte de tener que ser personal, ha de revestir, en cuanto a la forma, las características de ser clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, admitiéndose no sólo la forma escrita y expresa, sino también la tácita, mediante actos concluyentes igualmente claros e inequivocos. (STS 16 octubre 1987; no ha lugar).

NOTA.—Como afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia, en el caso que nos ocupa es obvio que se cumplen los requisitos que la jurisprudencia exige para la aplicación de la doctrina de los actos propios, toda vez que nada consta en contra de la libertad de la postura adoptada por la recurrente en el pleito anterior; ha de apreciarse un evidente nexo causal entre la postura adoptada por ella en aquél y la mantenida en éste, y, finalmente, debe también admitirse que las manifestaciones operadas por la recurrente en el pleito anterior de que se ha respetado la servidumbre de paso mediante la posibilidad de acceso desde un vial urbanizado como su conformidad con la situación de hecho en que quedó el paso, implícita en la circunstancia de que en aquel litigio tan sólo pretendiera conseguir el cierre de las ventanas que abren en la pared posterior del inmueble, cuya demolición pretendía después conseguir en la presente litis, integran una indudable definición de su situación jurídica y causan efecto, por lo que no pueden coherentemente ser alteradas en modo unilateral con la promoción de una demanda que, contrariando una postura paladinamente mantenida en el pleito anterior, vulnera el necesario respeto que los actos propios merecen. (A.C.S.)

3. Declaración tácita de voluntad.—La figura de la declaración tácita de voluntad, como forma mediata de manifestación de la misma, que ha querido catalogarse entre los principios generales del derecho con generosa liberalidad, ha cobrado carta de naturaleza por razones de índole práctica, obedeciendo a la interpretación usual de una conducta determinada que, si por sí misma no es esencialmente indicativa de una declaración de voluntad, debió ser, sin embargo, según se infiere, una forma expresiva de voluntad, a modo del conocido *inditio voluntatis* y que encuentra su más genuina expresión en las *facta concurrentia*, a las que el derecho sólo reconoce una alternativa de índole subsidiaria cuando de primar la forma tácita se trata (STS 28 septiembre 1987; no ha lugar.).

HECHOS.—La parte actora insta una reclamación de cantidad en concepto de los daños y perjuicios causados en accidente de circulación al entender que el mismo estaba cubierto por el seguro obligatorio. El Juez de Primera Instancia estima sólo en parte la demanda, condenando al demandado a abonar una determinada indemnización. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la anterior decisión rebajando la cuantía de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el solicitante de la indemnización (J.A.M.M.)

4. Simulación. Concepto y clases. Doctrina general. Ineficacia de la donación encubierta como compraventa.—Sabido es que nuestro Código civil, fiel a la tradicional teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*), que configura la llamada simulación absoluta, y, el otro, aquel en que la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam vero alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, de simulación relativa. Esta dicotomía ha llevado a precisar a la jurisprudencia que, al existir una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos necesarios para que el negocio jurídico nazca, supuesto predicable de la simulación absoluta, a la par que cuando de simulación relativa se trata, el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza, cuestión ésta de extremada delicadeza por las repercusiones que puede provocar en la seguridad jurídica, de ahí que la jurisprudencia, saliendo al paso de posibles fraudes, haya puntualizado para ambos supuestos que al no haber en la escritura pública una compraventa ficticia, ni existir una expresa manifestación de la *causa donandi*, no sólo será nula la venta por simulación absoluta sí que también alcanzará a la donación en relación con el artículo 633 del Código civil.

Valor del documento público. Prueba de la simulación.—Es conforme y correcta la doctrina de la sentencia de instancia cuando sienta la premisa de que la fuerza probatoria de los documentos públicos frente a terceros no se extiende a la veracidad de las manifestaciones consignadas en ellas por los interesados, sino que éstas pueden quedar destruidas en el litigio por los demás elementos de prueba unidos a las actuaciones, lo que le lleva a concluir, tras un minucioso análisis de las pruebas practicadas, la simulación de las escrituras que se esgrimen como título de la tercería ejercitada.

Presunción posesoria del artículo 449 del Código civil.—El tercerista sobre bienes muebles embargados no puede invocar la presunción del artículo 449 del Código civil cuando se declara probado que el demandado ha sido en todo momento propietario del piso en que aquéllos están situados, y el actor no ha justificado que en la fecha en cuestión poseyera bienes suficientes para efectuar una compra de bienes muebles por un elevado importe (STS 13 octubre 1987; no ha lugar).

NOTA.—Sentencia docta (Pte. Latour Brotons) que expone con detalle la doctrina unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia acerca de la simulación negocial y sus clases. Obsérvese que sigue la línea restrictiva, predominante en el último cuarto de siglo, de no aceptar, sin más aditamentos que normalmente no suelen estar presentes, que la compraventa de inmuebles simulada valga como donación, doctrina que aprueba un sector de la doctrina [Cfr. Luna Serrano en *Elementos de Derecho civil I-3.º* (Barcelona 1984), p. 206].

5. Impugnación de un acuerdo social. Interrupción de la prescripción extintiva por acto de conciliación.—Se considera que la demanda de conciliación tiene plena virtualidad para interrumpir la prescripción cuando la demanda iniciadora del pertinente litigio se plantea —según el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, que es de aplicación al presente caso— dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, porque con la papeleta de conciliación se ejerce un derecho que posteriormente se ratifica con la demanda inicial del procedimiento (STS 26 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—En el presente caso, frente a la demanda de impugnación de un acuerdo social, la entidad demandada alega la excepción perentoria de prescripción por haber transcurrido cuarenta días desde la fecha de la celebración del acto conciliatorio hasta la presentación de la demanda. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo al apreciar la excepción de prescripción alegada por la entidad demandada. Prospera el recurso de casación (J.A.M.M.).

6. Prescripción extintiva de la acción ejercitada.—La prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el «animus conservandi» deberá entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus praescriptionis*. En esta inteligencia se observa que la fecha inicial para el cómputo del tiempo de prescripción de un año a tenor del artículo 952-1.^º del Código de Comercio es la de 4 de mayo de 1979, que queda a estos particulares efectos rectificada por la de 23 de junio de 1980 *en que por carta de la deudora se reconoce la deuda*, aunque se disienta en la cuantía y a partir de esta última fecha, se produce la interrupción del plazo de prescripción, en primer lugar por la demanda del acto de conciliación de 5 de junio de 1981, es decir, cuando no había transcurrido aún el año, con lo que empieza a contar nuevamente la anualidad prescriptoria y esta virtualidad de la simple demanda de conciliación sin necesidad de que la demanda del procedimiento declarativo se presente dentro de los dos meses siguientes porque así lo tiene establecido la doctrina de esta sala sobre este extremo, en la que se dispone que si el artículo 1.973 del Código de Comercio otorgan esta virtualidad interruptora a la interpelación judicial sin más aditivos o requisitos, no es de aplicación el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de publicación anterior al Código civil y al Código de Comercio, pues de otra suerte se concedería mayor eficacia interruptora a la reclamación extrajudicial que a la interpelación judicial, una de cuyas formas comprende la presentación de demanda de conciliación.

Por ello, la fecha del 23 de junio de 1980 en que se reconoce la obligación de pagar por la carta suscrita por la demandada, vuelve a iniciar el cómputo marcado el 4 de mayo de 1979, en que concluyen las obras (arts. 952-1.^º y 944-1.^º y 2.^º del Código de Comercio) que vuelve a interrumpirse por la demanda conciliatoria de 5 de junio de 1981, como interpelación judicial que es por naturaleza propia y como quiera que en la prescripción extintiva de acciones no se requiere que la demanda de juicio ordinario se presente en los dos meses siguientes, quiere

ello decir que inicia un nuevo plazo prescriptorio de un año, que obviamente no está agotado el 26 de septiembre de 1981 cuando se presenta la demanda a que se contrae este procedimiento (**STS 18 septiembre 1987**; no ha lugar).

HECHOS.—Con motivo de las reparaciones verificadas por la Entidad demandante, hoy recurrida, en los buques «Juan Claudio» y «Ramiro Pérez» de la propiedad de la naviera ahora recurrente, a virtud del contrato suscrito en Santander el 5 de enero de 1979, se formuló la reclamación judicial del importe correspondiente que fue sustancialmente estimada por las sentencias de ambas instancias, habiendo sido el tema más controvertido en ellas (como igualmente en el presente recurso) el de la prescripción extintiva de la acción ejercitada al respecto.

NOTA.—Es doctrina reiterada que opera la ruptura del trácto temporal de la prescripción cuando se produce una originaria y persistente voluntad del acreedor de ejercitarse su derecho (véase sentencia 17-XII-1979). *Item más* la inteligencia restrictiva que impera en la institución de la prescripción conlleva inexorablemente a buscar el *dies a quo* del cómputo del plazo (En el caso de autos, la fecha del 23 de junio de 1980 en que se reconoce *ex voluntate* la obligación de pagar). Consecuentemente, en cuanto se manifieste el *animus conservandi*, deberá entenderse que queda interrumpido el *tempus prescriptionis*. Luego debe de reconocerse claramente efecto interruptivo en el supuesto «a la carta de la deudora en la que reconoce la deuda». En congruencia con lo referido se produce el efecto interruptivo por la demanda del acto de conciliación, pues como ha reconocido la doctrina jurisprudencial: la doctrina de esta sala al contemplar el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptorio si la demanda no fuere presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede tampoco olvidarse ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el artículo 1.947 del Código civil referido a la interrupción y no a la prescripción extintiva, ni la circunstancia de que el artículo 1.973 con un criterio de mayor amplitud respecto de esta última, habla sólo de interrupción de la *prescriptio actionis* por su ejercicio ante los Tribunales frase la de ejercicio en la que según ha resuelto la jurisprudencia, se entiende comprendida la presentación de la papeleta de conciliación (Sentencias, entre otras, la de 7 julio 1983 y 9 diciembre 1983.) (F.LL.Y.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

7. Protección del derecho al honor. Intromisión ilegítima.—El ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia intimidad, e incluso en el de la familia, como en el externo, del ámbito social, y por lo tanto profesional, en el que cada persona desarrolle su actividad, no pudiendo involucrarse la condición o cualidad pública de una actuación o actividad, y el de la veracidad del informe o comunicación que respecto de ella pueda darse, cuando la publicación atribuye a una persona, identificada con su nombre y apellidos, hechos que

inxcusablemente le hacen desmerecer del público aprecio, y reprochables cualesquiera que sean los usos sociales del momento.

Acción civil.—Una amplia y uniforme doctrina de esta Sala tiene establecido que el mencionado artículo 1.º-2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 permite que se dirija acción civil, aunque no se haya resuelto la penal, pues al no ser ésta perseguible de oficio, queda dentro de las facultades del particular ofendido optar por el ejercicio de la acción penal conjuntamente con la civil (art. 112, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o solamente esta última, según permite también la Ley 62/1978, de 23 de diciembre, produciéndose en este último supuesto el efecto consuntivo del párrafo 2.º del citado artículo de la Ley procesal penal. (STS 22 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periódico de alcance nacional publicó un informe en el que señalaba que el demandante era el principal protagonista de toda una serie de hipotéticas irregularidades, en su condición de responsable de administración y finanzas en la comisión ejecutiva federal de un partido político.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Se tiene en cuenta la doctrina de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1986, que extractamos en ACD, 1987, pp. 1012-1013, siendo muy interesante la relación existente entre el derecho a la información y el derecho al honor, protegidos en la Constitución (A.C.S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. Asunción de deuda y dación en pago: diferencia con la cesión para pago.—La calificación del contrato es cuestión básica en este caso, para llegar a las mismas conclusiones a las que llega la sentencia, la cual admite que el negocio jurídico al que el proceso se refiere contiene una asunción de deuda y un convenio sobre el pago de tal deuda, que se hace con la dación en pago de una maquinaria por la entidad actora a la acreedora, de mayor valor que la deuda, reconocido en el documento por ambas partes; y aunque en la sentencia se llame adjudicación en pago, es una dación en pago, es decir, como pago, no una cesión para pagar, subordinada a la fructífera venta del bien entregado por la acreedora; buena prueba de ello es que la diferencia entre el valor de la máquina y el crédito, en cifra exacta, se compromete la acreedora a pagarla con suministro de productos de su tráfico, lo que entraña una total conformidad con el valor de la maquinaria que posteriormente se quiere discutir por haber recibido ofertas de compra inferiores a la valoración, pero, en todo caso, superiores al crédito extinguido.

Incongruencia.—Si la pretensión principal postula el cumplimiento del contrato, y, partiendo de su incumplimiento, pide su transformación de especie en metá-

lico, no hay incongruencia si la sentencia condena al cumplimiento específico, estimando en parte la demanda (STS 5 octubre 1987; no ha lugar.)

9. Preferencia de créditos salariales.—Ejercitada la acción de reconocimiento del crédito salarial dentro del año (art. 59 del Estatuto) automáticamente queda investido el crédito reconocido, de las preferencias y privilegios conferidos por las leyes, y si el artículo 32.6 del Estatuto exige también un año para la homologación judicial de esa preferencia, ello podrá proclamarse, en buena hermenéutica, respecto de otros créditos salariales, pero no al que se contempla en el párrafo primero de dicho precepto, que por su naturaleza de absoluto e intangible, o como dicen las sentencias de 28-I-1983 «super privilegiado», no está sujeto a un nuevo plazo de prescripción en punto al reconocimiento de esa preferencia de la que ya viene investido por el hecho de su reconocimiento en sentencia o en acta de conciliación del I.M.A.C., que se la presta objetivamente su propia naturaleza, y que de la misma forma pasa a engrosar el patrimonio del Fondo de Garantía Salarial, pues de otra suerte, el «super privilegio» legal sería en la práctica meramente ilusorio y ficticio; es decir, que goza, como en el caso previsto en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y el artículo 73 de la Ley General Tributaria los créditos de la Hacienda, de un derecho preferente con igual dinámica que las denominadas hipotecas legales tácitas, que no pueden verse afectadas por ningún crédito y en este caso, ni siquiera los de tipo fiscal, en atención a que cumplen estos créditos laborales un mínimo de garantía laboral acorde con su cualidad de retribución dirigida a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia, así como con la finalidad inspiradora del tantas veces citado Estatuto de Trabajadores. (STS 16 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—El Fondo de Garantía Salarial pagó a los trabajadores de una determinada empresa una cantidad «X». La Diputación Foral de Guipúzcoa embargó por créditos fiscales a la Sociedad. En el caso de autos se discutía el mejor derecho sobre el importe de los bienes subastados.

Se denuncia violación del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, que determina el plazo para ejercitar el derecho de preferencia de los créditos salariales, a que se refieren los precedentes apartados del referido artículo. (F.LL.Y)

10. Distinción entre contratos administrativos y contratos privados.—Es doctrina reiterada que hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido este concepto en la aceptación más amplia, para abarcar cualquier actividad que la administración desarrolle como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal, serán la propia ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación *ius privatista*.

En el caso de autos, no cabe duda que la Organización de Trabajadores Portuarios constituye un organismo autónomo del Estado, de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo. Visto que a la Jurisdicción contencioso-administrativa corresponde el conocimiento de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. En conclusión, los contratos no dejan de tener el carácter de administrativos, aunque revistan tipificación de naturaleza privada, cual un arrendamiento de servicios, y la competencia por razón de la jurisdicción es materia de orden público, sustraída al derecho dispositivo de las partes, debiendo hacerse su estudio incluso de oficio. (STS 9 octubre 1987; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Que, por consecuencia de los servicios prestados por la entidad actora durante los meses de septiembre-diciembre de 1980, a los trabajadores portuarios y beneficiarios de los extinguidos seguros de enfermedad y accidentes de los estibadores portuarios, en el establecimiento propiedad de la actora. La parte demandada adeudaba a la actora determinada cantidad reconocida por aquélla. La actora formuló reclamación previa a la vía jurisdiccional competente en reclamación de dicho importe. Presentada la demanda en reclamación de repetida cantidad, el abogado del Estado opuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de reclamación previa en la vía gubernativa (art. 533, núms. 1.^º y 4.^º de la L.E.C.) y que la administración no podía efectuar el pago hasta que se incluyese la partida en los Presupuestos Generales del Estado. El Juzgado de Primera Instancia condenó al pago de la suma reclamada e intereses legales, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial. Ninguna de las partes aportó el contrato que las vinculaba y a virtud del cual se producía la reclamación. (F.LL.Y.)

11. Precios fijados en disposiciones oficiales. Modificación contractual.— Antecedente obligado para resolver la controversia es el Decreto 2.695/1977, de 23 de octubre, sobre medidas relativas a la política de precios, cuyas directrices, según su Exposición de Motivos, fueron las siguientes: a) equilibrar la economía española a corto plazo; b) vigilar los mecanismos de formación de los precios, particularmente, los de los productos estratégicos y de aquellos que se formen bajo condiciones monopolísticas, para evitar la introducción de componentes perturbadores del objetivo propuesto de reducir la tasa de inflación, y c) eludir los riesgos que podrían derivarse de las bruscas ausencias de la intervención de la administración en la actual situación económica. Pues bien, atendiendo a las susodichas directrices y al contenido del articulado del Decreto, es de llegar a la conclusión de que el régimen de precios autorizados establecido para los bienes y servicios incluidos en el anexo 1, entre los que se encuentran la «hulla y lignito destinado a centrales térmicas», no puede ser modificado por las empresas y los particulares que contraten sobre los mismos, situación que persiste en tanto continúe funcionando la intervención administrativa respecto a tales bienes y servicios y no hayan sido objeto de plena liberalización comercial (STS 10 septiembre 1987; no ha lugar).

HECHOS.—El demandado promovió una reclamación de cantidad derivada del suministro de mixtos de carbón, con destino a una central térmica que poseía la Entidad demandada. La demanda fue desestimada, siendo revocada la misma en apelación, condenándose a la referida Sociedad al pago de la suma objeto de reclamación y contra esta segunda resolución, se interpuso el presente recurso de casación, quedando centrada, sustancialmente, la cuestión litigiosa en la aplicación o no al suministro hecho mención, de la Orden Ministerial de 25 de abril de 1983, dictada por el Ministerio de Industria y Energía. (F.LL.Y)

12. Resolución de contrato.—Según doctrina de esta sala, el alcance que debe darse al requerimiento a que se refiere el precepto legal —art. 1.504 del Código civil— es el de la expresión de la voluntad del vendedor de dar por resuelto el contrato, teniendo también declarado que resulta preferente el cumplimiento de cualquier pacto negocial, establecido entre las partes dentro de los límites del artículo 1.255 del Código civil; y mal se puede compaginar esa precisa y mantenida voluntad del vendedor de resolver el contrato, con la concesión dos meses después del requerimiento, de un nuevo plazo al comprador, facultándole para que pueda cumplir las obligaciones pendientes; y en cualquier caso es que, además de la razonada invalidez del preceptivo requerimiento, en el deudor no se patentiza la forma indubitable la existencia de una voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, también exigidas por la jurisprudencia (STS 10 octubre 1987; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Hay un pacto contractual, por virtud del cual la entidad vendedora concedió a los compradores demandados una prórroga o aplazamiento en el pago de las cantidades pendientes de satisfacer, como derivadas de la compraventa que se pretende resolver, y ese pacto el recurrente lo justifica con el contenido de la carta (obrante al folio 91 de los autos) y el posterior reconocimiento de su contenido efectuado en confesión judicial por el representante legal de la entidad actora. Este convenio tiene lugar el día 15 de septiembre de 1980, y modifica dejando sin efecto el requerimiento judicial, que se efectuó con fecha de 10 de julio anterior, dejando vacío de contenido la exigencia del artículo 1.504 del Código civil.

NOTA.—Es patente en el supuesto una nítida voluntad declarativa por parte del vendedor de no dar por resuelto el contrato; existe por tanto un cambio de voluntad que desvirtúa sustancialmente la previa y formal voluntad de resolución, ya que no se constata ni incumplimiento ni voluntad deliberadamente rebelde al mismo tiempo, presupuestos ambos de aplicación del artículo 1.504. Recuérdese en este sentido (con clara aplicación analógica al supuesto del pleito) la sentencia de 1 de marzo de 1982 (remitido al lector al comentario de Puig Brutau, *Diccionario de acciones en derecho civil español*, Bosch, 1984, p. 74), en dicha resolución de aplicación *sic et simpliciter* a nuestro caso, los vendedores mantuvieron con el comprador conversaciones sobre el pago del precio, incluso después de practicado el requerimiento a que se refiere el artículo 1.504. Ello permitió a la sentencia (explica el autor supra indicado) afirmar que se requiere como

presupuesto esencial una situación de incumplimiento atribuible al que se alega incumplidor y que en este caso no es apreciada en el comprador. (F.LL.Y.)

13. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Pérdida estipulada del 50 por 100 de lo abonado.—Basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando así las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo contractual, y vulnerando la parte incumplidora la obligación asumida, lo que se traduce en un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor cumplidor, que lógicamente revela una actitud de desprecio a lo convenido; en el presente caso los compradores han dejado de satisfacer una parte importante del precio de venta del inmueble, de modo que en contraposición a la entrega inicial y disfrute desde entonces del inmueble por los demandados, se ha producido por parte de estos mismos los impagos de las sustanciales cantidades fraccionadas con que se les facilitó y aplazó el pago del precio total, lo que patentiza esa actitud obstaculizadora del fin normal del contrato, que lleva aneja según lo estipulado la pérdida del 50 por 100 de las cantidades pagas por los compradores como precio de los inmuebles objeto de dicho contrato (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.)

14. Compraventa de inmuebles. Contrato formalizado en formulario. Validez.—No puede alegarse con éxito que la parte recurrente se vio erróneamente inducida a firmar un contrato en gran parte impreso, puesto que nada consta en contra de su libre y espontánea voluntad para informarse debidamente del contenido de lo convenido, ni que esa información previa se viese impedida u obstaculizada por maquinaciones de la parte contraria.

Reconocimiento de deuda posterior al contrato. Eficacia declarativa.—Es válido el documento privado de compraventa de un inmueble destinado a vivienda, fijándose un precio aceptado por ambas partes; el posterior documento de reconocimiento de esa deuda de pago de precio convenido implicó un contrato cuya premisa indispensable fue el precedente contrato de compraventa, con lo que el reconocimiento tuvo un efecto simplemente declarativo cuya causa lícita y existente fue el anterior contrato, que no quedó en modo alguno novado o extinguido, sino reforzado y concretado, en cuanto se determinó con precisión la forma y plazo para el pago del precio, llegándose a lo más a un efecto novatorio parcial o meramente modificador de la relación jurídica anterior; no hubo, por consiguiente, en el caso ahora discutido un reconocimiento constitutivo de deuda que novase extintivamente el anterior contrato de compraventa y prescindiese de su causa de obligar, por lo cual la recurrente hubo de cumplir la obligación del pago del precio en la forma pactada, lo que no efectuó y no obstante continuó en posición del piso.

Cláusula resolutoria expresa. Preferencia del artículo 1.504 sobre el 1.124.—Es doctrina reiterada que el artículo 1.124 del Código civil no puede invocarse con éxito cuando se discute la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago, materia que por tener su regulación específica en el artículo 1.504 hace inaplicable aquel precepto; concu-

rren en el caso los requisitos de la resolución, a saber, requerimiento de pago y de resolución, tanto en acto de conciliación previo como en el suplico de la demanda, o sea, declaración de voluntad del vendedor al comprador, expresada en forma auténtica, que hizo patente el propósito de optar por la resolución, ya que no habiendo el comprador pagado el precio en los plazos estipulados, no puede ser privado el vendedor del derecho que le concede el artículo 1.504 (STS 30 septiembre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Ninguna novedad sobre la doctrina tradicional de resolución del contrato de compraventa en virtud de cláusula expresa. Destacan los esfuerzos del recurrente por privar de eficacia al contrato inicial invocando su posible carácter de adhesión, al aparecer documentado en formulario expreso. El Tribunal Supremo no acepta la calificación de «contrato de adhesión» al de autos, y viene a sentar la doctrina de que la circunstancia de estar impresas la mayor parte de sus cláusulas no hace presumir falta de libertad de contratar salvo que se demuestre que el contratante «dèbil» no pudo informarse del contenido de lo convenido. En general, sobre estos contratos véase Messineo, *Il contratto in genere*, I, pp. 471 y ss. (G.G.C.)

15. Compraventa de inmuebles. Piso defectuoso. «*Exceptio non rite adimpleti contractus*. Prescripción de 15 años.—La sentencia sitúa el supuesto aquí contemplado en el incumplimiento previo de las obligaciones de la vendedora, que no puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 1.504, siguiendo con ello la doctrina consolidada de esta Sala que se orienta a entender que se estará en la hipótesis de la falta de entrega, o entrega de cosa distinta, y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada, cuyo evento permite acudir a la protección de los artículos 1.101, 1.108 y 1.124 del Código civil; la excepción a que se acoge el comprador, *exceptio non rite adimpleti contractus*, sólo prescribe a los 15 años, no estando sujeta al plazo de caducidad establecido en el artículo 1.490; los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil no se eluden entre sí, sino que se complementan cuando se trata de la venta de inmuebles, por lo que apreciando que la vendedora que hizo el requerimiento notarial no había cumplido por su parte la obligación a que venía constreñida, cual era la de entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad razonablemente confortables, el comprador venía legitimado para suspender el cumplimiento de la suya de pago, a pesar de instrumentarse por la contraparte la facultad que le reconoce el artículo 1.504 del Código civil.

NOTA.—Correcta aplicación de la doctrina de la excepción de contrato no cumplido (Pte. Malpica González) con acertada diferenciación entre los vicios ocultos y el pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, que permite orillar la brevedad del plazo de prescripción del artículo 1.490. Ejemplo palpable de utilidad de la *exceptio*, pues el comprador había intentado en vano la reparación de los graves desperfectos producidos. Interesante la precisión sobre el plazo de prescripción de la excepción. Sobre

el tema cfr. la clásica monografía de Espín Cánovas, *La excepción de incumplimiento contractual*, ADC, 1964, pp. 542 y ss., y también *Manual*, III, 6.^a ed., pp. 428 y ss.

16. Compraventa de vivienda. Resolución.—El documento amparador del error denunciado no ha sido desconocido por el Juzgador, sino correctamente valorado, en cuanto supone el reconocimiento del incumplimiento, al ejecutar un 15 por 100 menos de la cabida prometida, circunstancia que da paso a la acción derivada del artículo 1.124 del Código civil, que autoriza la restitución de la prestación y el resarcimiento de los daños y perjuicios, como reconoce constante doctrina jurisprudencial.

Indemnización de daños y perjuicios.—La cuantía de la indemnización corresponde, en principio, a la potestad del juzgador de instancia y éste no se ciñe, en uso de tal potestad, a los intereses del dinero entregado como precio, sino al tiempo en que la suma entregada estuvo, de hecho, retenida fuera de la disposición de quien la entregó, sufriendo las consecuencias de la devaluación del total, conceptos indemnizables según sentencias de esta Sala, ya que si bien hubo ofrecimiento de devolución, no se produjo consignación, como exige el artículo 1.176 del Código civil, para que tenga lugar efectos liberatorios o asimilables a ellos. Por tanto, hubo retención desde la fecha de la entrega del dinero hasta el momento en que se dictó sentencia STS 13 octubre 1987; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora compró una vivienda a la demandada, según el proyecto de construcción. La demandada varía el proyecto, construye la vivienda con menor cabida y ofrece al comprador la resolución del contrato o rebaja proporcional del precio, proposición que no acepta el comprador, quien entabla demanda pretendiendo la resolución del contrato, devolución del precio entregado al inicio del contrato, más una determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia accede a la demanda, pero desestimando la pretensión del actor, referente a la indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia Territorial revoca en parte la dictada en primera instancia al acceder además a la vía indemnizatoria si bien no en la cuantía solicitada por el demandante. No prospera el recurso de casación interpuesto por la parte demandada vendedora (J.A.M.M.).

17. Autodefensa. Concepto.—Aun en los sistemas jurídicos más avanzados quedan vestigios de la denominada defensa privada o, más propiamente, de la autodefensa, entendiendo por tal un estado actual, sobre todo posesorio, contra un ataque, estando permitida siempre y cuando no sea más que una defensa, simple protección del estado posesorio. En el derecho punitivo se regula la legítima defensa (número 4 del artículo 8 del Código penal) y en el orden puramente privado se viene citando tradicionalmente como supuestos de autodefensa los contemplados en los artículos 156, 592 y 612 del Código civil. La justificación de estas agresiones al patrimonio ajeno viene dada por la propia sentencia de la autoprotección.

Aplicación de la autodefensa a la Ley de Arrendamientos Urbanos.—Se considera por la Sala sentenciadora que no es aventurado afirmar que el fundamento

de la autorización concedida en el párrafo 2.º del artículo 110 de la Ley de Arrendamientos Urbanos puede encontrar su raíz última en la idea de autodefensa, más aún cuando es secuela obligada de un ataque proveniente de la inseguridad ciudadana.

En consecuencia, para el caso planteado, el hecho de tabicar una ventana por el arrendatario, cuando los hierros de la reja que la protegían han sido violentados para cometer un robo, como medida expeditiva y rápida de protección contra la rapiña ajena, ha de considerarse como acto lícito (STS 19 septiembre 1987; *ha lugar*.)

HECHOS.—El demandante promovió demanda de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, sobre la base de que el arrendatario había efectuado obras sin autorización que modificaban la configuración del local, consistentes en tapiar una de las ventanas del referido local. En la contestación a la demanda el demandado basa su oposición alegando que, tras reiteradas gestiones para localizar al arrendador a fin de solicitarle el oportuno permiso, llevó a cabo la obra en cuestión a los fines únicos de evitar un nuevo robo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y declaró resuelto el contrato. Prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendatario. (J.A.M.M.)

18. Ejecución defectuosa de la obra. Resarcimiento del daño.—Esta Sala viene manteniendo la doctrina de que en caso de ejecución defectuosa de la obra por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación «*in natura*» o prestación específica, realizando las obras de corrección indispensables, por sí mismo o a su costa (artículos 1.091 y 1.098 del Código civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o bien instando al cumplimiento por equivalencia de carácter subsidiario (artículo 1.101 del Código civil), que ha de cubrir todo quebrante o desequilibrio patrimonial sufrido a causa del incumplimiento imputable al constructor (Sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de octubre de 1979 y 31 de octubre de 1980).

Presupuestos para obtener el resarcimiento.—Lo que antecede requiere para el dueño de la obra que la acción tendente a conseguir la reparación específica y, en su caso, la indemnizatoria equivalente, se ejercita en un mismo procedimiento frente al contratista, en el que debe hacerse prueba cumplida respecto a la existencia de la construcción defectuosa y viabilidad de las correcciones a realizar, no resultando ajustado a derecho, salvo coyunturas de emergencia, que el propio comitente determine, por su exclusiva y propia voluntad, llevar a cabo la realización de las obras, sin someterse a mecanismo alguno de control. (STS 21 octubre 1987; *no ha lugar*.)

HECHOS.—Como consecuencia de la ejecución de unas obras de reforma contratadas por el sistema de administración en un inmueble, el constructor demandó al comitente reclamando el importe de una determinada cantidad por los trabajos efectuados y pendientes de pago. El demand-

dado se opuso, solicitando en la reconvención una determinada suma, correspondiente a los trabajos practicados por otra empresa para subsanar lo defectuosamente hecho por el constructor expresado.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y reconvención formulada. En trámite de apelación, la Audiencia Territorial volvió a desestimar la reconvención y acogió parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Véanse nuestras anotaciones a la sentencia de 27 de octubre de 1987, en este fascículo del ADC, y la sentencia de 17 de enero de 1986, en ADC, 1987, pp. 768-769. (A.C.S.)

19. Prórroga del contrato de obra. Inexistencia de novación extintiva.—Es evidente que durante el tiempo de prórroga para incluir nuevas obras continúa el mismo estatus obligacional de las partes, sin que el contrato sufra novación extintiva. Por tanto, es perfectamente aplicable la revisión de precios a la obra aún no terminada, a menos que se entendiese que el contrato quedase en este aspecto el arbitrio del propietario de la obra, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código civil.

Carga de la prueba.—Alegada tal situación de hecho por el reclamante del importe de la obra, es decir, probada la obligación del demandado, es éste conforme al artículo 1.214 del Código civil el que ha de probar los hechos obstaculivos o impeditivos si los hubo, en el supuesto debatido que tales demoras y retrasos en los pagos y en la terminación de las obras se debieron a otras causas distintas de las acreditadas imputables al demandante y actual recurrido.

Protección de los extranjeros.—Se invoca, sin fundamento alguno, el principio de superior protección de los extranjeros, con lo que se contraviene el artículo 14 de la Constitución que se invoca como infringido, así como el artículo 27 del Código civil. (STS 2 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Se considera probado que el retraso en la terminación de la obra se debió a las modificaciones efectuadas en ella y a la demora en los pagos por el dueño de la obra.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al dueño de la obra, de nacionalidad extranjera, a pagar al contratista el importe de los trabajos realizados y no satisfechos. No prospera el recurso de casación.

20. Desistimiento unilateral del comitente. Indemnidad del contratista.—Debe efectuarse la liquidación de la indemnización en el entendido de que, aun existiendo precio alzado, la exigencia de la indemnidad del contratista, que hay que salvar siempre, obliga en ese caso a que, prescindiéndose del precio si la parte proporcional correspondiente a la parte de obra ejecutada no cubriere los gastos realmente originados y el importe de los trabajos efectivamente incorporados, se efectúe según estos gastos e importe reales el cálculo de la indemnización, por cuanto la facultad del artículo 1.594 pasa por la más perfecta indemnidad

del contratista, y no podría ejercitarse la repetida facultad de desistimiento sin vulnerar la verdadera «ratio» del precepto, si hubiera de prevalecer siempre el precio pactado; doctrina que procede ahora reiterar. (STS 8 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra, produciéndose el desistimiento unilateral del comitente cuando el contratista había realizado determinadas obras de urbanización.

El Juez de Primera Instancia declaró que el contratista tenía derecho a percibir el importe de las obras de urbanización realizadas, más los intereses legales devengados. La Audiencia Territorial aumentó la cuantía de la indemnización. No prospera el recurso de casación.

21. Vicios de construcción. Responsabilidad del promotor.—Es constante y uniforme doctrina de esta Sala el equiparar la figura del promotor a la del constructor a los efectos del artículo 1.591 del Código civil, incluso aunque hubiese contratado con un conjunto de empresas la ejecución de la obra.

Concepto de ruina.—Este concepto no es tan absoluto que lleve implícito en su planteamiento la debilidad o inconsistencia del inmueble, pues viene siendo constante doctrina de esta Sala, en su propósito de perfilar el concepto de ruina, abundar en la idea de no identificarla con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él aquellos defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o la hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio.

Indemnización por defecto estético. Defectuosa colocación de los ladrillos en el patio.—La circunstancia de que el Tribunal concediese una indemnización por defecto estético, debe enjuiciarse desde la doble perspectiva de ser sustitutiva ante la imposibilidad de reparación del defecto y de ser calificado éste como constructivo, y, en cuanto tal, encuadrado entre los restantes apreciados, sin que su característica antiestética permita desvincularle de su naturaleza de verdadero defecto de construcción. Lo que antecede lleva a concluir que la pretensión dirigida a obtener la reparación o subsanación de los vicios y defectos en la construcción, dentro del marco de la responsabilidad instituida en el artículo 1.591 del Código civil, no deviene incompatible con el resultado de una indemnización sustitutoria para aquellos de difícil o imposible recomposición, ni exige el ejercicio de otra acción distinta y derivada del incumplimiento contractual.

Responsabilidad solidaria.—En el ámbito de aplicación del artículo 1.591, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha declarado favorable a la exigencia de una responsabilidad solidaria, a excepción de los casos concretos que permitan la fijación de responsabilidades individualizadas.

Responsabilidad de los aparejadores.—Tienen a su cargo la consecución de la ejecución material de la obra y su desarrollo de conformidad con el proyecto definitivo, por lo que no pueden quedar ajenos al resultado defectuoso de los tan repetidos dilatadores, especialmente cuando, al igual que las restantes defi-

ciencias, merecieron la calificación de defectos de ejecución de la obra. (**STS 27 octubre 1987; ha lugar.**)

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios demandó al promotor, al arquitecto y a los aparejadores en solicitud de que se declarase la responsabilidad solidaria de todos ellos por vicios de construcción.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al declarar la responsabilidad principal del promotor y la subsidiaria de los aparejadores, con absolución del arquitecto. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia, a excepción del pronunciamiento relativo a los defectos de colocación de los ladrillos en el patio, que, por imposibilidad de su reparación, se indemnizará pericialmente en la cuantía que desmerezca el valor del inmueble. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida, confirmando la del Juez de Primera Instancia, aunque revocándola en los pronunciamientos concernientes a la responsabilidad, declarándola solidaria y manteniendo la indemnización sustitutiva por los defectos de colocación de los ladrillos.

NOTA.—En esta sentencia destaca por su novedad la referencia que se hace a los vicios estéticos, que se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Parece, no obstante, que los defectos de colación de los ladrillos en el patio del inmueble construido son algo más que meros vicios de carácter estético. Difícilmente un vicio meramente estético (v.gr., color poco estético de la pintura utilizada) justifica la aplicación del artículo mencionado, por muy ampliamente que se entienda el concepto de ruina, a no ser que todo vicio se considere productor de la ruina, lo cual no parece admisible.

En la nota a la sentencia de 17 de enero de 1986 (en ADC, 1987, pp. 768-769) dijimos que el cumplimiento defectuoso de una obligación de haber es sancionado prioritariamente con la destrucción de lo mal hecho y con la obligación de hacerlo de nuevo, bien por el deudor, bien por otra persona de su costa (vid. artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo afirma la indemnización sustitutoria para aquellos vicios de difícil o imposible recomposición (en el caso, la defectuosa colocación de los ladrillos en el patio) (A.C.S.)

22. Resolución del contrato de obra por vicios de construcción.—Las obras de impermeabilización encomendadas al contratista fueron ejecutadas por éste con total incumplimiento de su obligación de obtener el resultado convenido —impermeabilización de las terrazas—, afirmación fáctica de la que resulta en el supuesto concreto aquí enjuiciado el incumplimiento por el contratista de la obligación por el asumida, al no obtenerse con las obras que ejecutó el resultado que hubiera significado sostener lo contrario, todo lo que abona la procedencia de la resolución contractual postulada por la parte actora en su calidad de comitente, y la correcta aplicación al caso de la preceptiva contenida en el artículo 1.124 del Código civil.

Conducta negligente del contratista.—Existe un proceder negligente de la sociedad demandada, al omitir claramente la diligencia que le era exigible en los términos que define la preceptiva contenida en el artículo 1.104 del Código civil, sin que excuse su responsabilidad las circunstancias del asesoramiento técnico de un tercero o la de que encomendara la ejecución de la obra a otro contratista, pues el artículo 1.596 del Código civil hace responsable al contratista del trabajo efectuado por las personas que ocupare en la obra. (STS 28 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Un comitente encomendó a un contratista las obras de impermeabilización de la terraza que coronaba un edificio de su propiedad, las cuales resultaron totalmente inadecuadas al fin para el que habían sido contratadas, pues llegada la época de las lluvias se produjo en el interior de los apartamentos una filtración de aguas pluviales, originando daños en la estructura interior y mobiliario existente en los mismos, postulando el comitente en la demanda la resolución del contrato de obra e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial decretaron la resolución del contrato de obra y el pago al actor en concepto de indemnización de una determinada suma. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es importante recordar que nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de febrero de 1970, consideró aplicable el artículo 1.591 del Código civil en un supuesto de obra inmobiliaria que presentaba graves defectos de construcción, debidos al estado, condiciones y calidad del terreno (sobre esta sentencia, véase Cadarso, «ADC», 1970, pp. 671 y ss.) (A.C.S.)

23. Depósito irregular. Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo fijo.—El depósito irregular, en general, al transferir la propiedad del dinero o de la cosa fungible que se entrega al receptor hace desaparecer la característica típica del depósito, la custodia, que es sustituida por la obligación de restitución de cantidad, típica del préstamo o del contrato *sui generis*, de que se trata, no pudiendo entenderse que nos encontremos ante un depósito común con los efectos propios del mismo, por la simple circunstancia accesoria de haberse constituido aparentemente sobre él un derecho de prenda.

Compensación. Requisitos de la legal.—No existe obstáculo legal alguno que se oponga a la compensación de pleno derecho entre los ocho millones de pesetas a que asciende la imposición a plazo fijo realizada por el señor C. y la deuda por mayor cantidad que dicho señor tenía en aquel momento con el Banco receptor de la imposición, dado que ambos son recíprocamente deudores y acreedores principales el uno del otro, en cuanto al conceder el crédito y al realizar la imposición actuaron en nombre y por cuenta propia, y en cuanto no existía sobre ninguno de los créditos retención o contienda al tiempo de producirse la compensación, es decir, al tiempo de realizarse la imposición, y sin que sea aplicable el artículo 1.200 del Código civil, dado que en este caso no existe el depósito que el precepto contempla como impeditorio de la compensación.

Prenda sobre créditos.—El importe de las imposiciones a plazo fijo pasó a ser propiedad de la Caja de Ahorros depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad bancaria recurrida, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía, y como tal crédito quedó compensado de pleno derecho con una deuda de su titular al tiempo de constituirse, es claro que el derecho de prenda carece de objeto (STS 19 septiembre 1987; ha lugar) (G.G.C.).

24. Ratificación del mandato.—Esta apariencia de mandato llega a su más efectiva realidad, cuando el representado acepta y recompensa los servicios del tercero, aprovechándose de los actos realizados por la persona que obró como su mandatario *sin la autorización necesaria*, suponiendo esta conducta posterior, una auténtica ratificación tácita, constituida por actos unívocos y concluyentes respecto a la voluntad del mandante, que hacen válido el contrato de mandato desde su origen (STS 18 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ofreció su mediación en la venta de un edificio que la Sociedad Constructora era propietaria, a cambio de una comisión. Es aceptada su proposición y en la oficina de la empresa se le expide una carta con el membrete y sello de la empresa, en la que se le asegura una comisión sobre el precio de venta del inmueble. Los dueños ratificaron (por medio del representante-consejero delegado con plenas facultades representativas) lo hecho por el apoderado, pagando al comisionista; por tanto, parece evidente que existió mandato.

NOTA.—Conviene a nuestro juicio precisar lo siguiente: estamos de acuerdo con la existencia de la ratificación tácita, que como ha subrayado la doctrina jurisprudencial, acontece cuando «el no representado» se aprovecha de la gestión del representante o «*falsus procurator*». El efecto de la ratificación ocurre cuando el representado ha creado una apariencia de mandato y *permite con su actitud que así se crea por los terceros* (en cuyo caso también por el principio de la buena fe quedará obligado. Sentencia 10 de mayo de 1984). Ahora bien, la remisión expresa que hace el juzgador a los arts. 1.725 y 1.727, a nuestro modo de ver, no es muy congruente, puesto que dichos preceptos prescriben algo diferente al problema que estamos discutiendo, consistente en saber si el mandato existe por la ratificación, ya que en ellos se alude al problema de la apariencia, y lo que en el problema litigioso se ventila no es la apariencia *strictu sensu*, ni tampoco se está discutiendo como cuestión de fondo el problema de la protección al tercero de buena fe. En resumen, los artículos precedentes se refieren a las relaciones entre el mandante y mandatario (*con poder de representación*), es decir, básicamente a supuestos en los cuales ha habido extralimitación en el uso del poder, asimismo cuando el mandatario no ha dado a los terceros conocimiento suficiente de los poderes, o si el mandatario traspasa o no los límites del poder. Naturalmente en estos casos, la actuación del apoderado «formalmente» quedaría convalidada *ex post factum* por la ratificación del poderdante.

En conclusión, lo que se discute en el pleito no es tanto cuestiones de apariencia, sino si ha existido mandato por la ratificación producida.

En otro orden de cosas, finalmente pudiéramos preguntarnos (cuestión que omite el ponente), si no estamos en presencia de una pura gestión de negocios ajenos, en la que con posterioridad, la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio, produce los efectos del mandato expreso. No se olvide que el presunto mandatario o comisionista *actuó sin la autorización* necesaria. Recordemos al respecto, la exégesis lata que la jurisprudencia ha conferido al vocablo «gestión». Habiéndose exigido igualmente que los actos se realicen con finalidad de gestión, *sin mandato*, obrando con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, habiendo de ser tales actos necesarios y útiles y *efectuados con ánimo de vincular al dueño* (Sentencias 16 octubre 1978, 2 febrero 1954, 9 abril 1957, véase Iuris, «La Ley», *Legislación, jurisprudencia y Concordancias*, Madrid, 1987, p. 425). (F.LL.Y.)

25. Irrevocabilidad del mandato.—Según se deduce de la jurisprudencia de esta Sala, la irrevocabilidad del mandato deviene, no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral, que le sirve de causa o razón de ser, y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados (STS 31 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—En el caso de litis, el Tribunal Supremo tiene en cuenta, en primer lugar, los poderes otorgados por todos los componentes de la comunidad a favor de los gerentes de una sociedad anónima, que les facultaba para la compra del solar, gestión de la edificación, declaración de obra nueva, división horizontal y constitución del régimen de propiedad horizontal con redacción de los correspondientes estatutos; en segundo lugar, que difícil o imposible hubiere resultado llevar a feliz término tal objetivo sin la existencia de dichos poderes colectivos, aunque individualmente otorgados, y finalmente, no hay que olvidar que el actor es prácticamente el único de los ciento cincuenta y seis interesados que muestra su disconformidad con lo realizado por los apoderados, pese a haberse subrogado en la obligación del vendedor de los locales de aceptar los estatutos de la comunidad que en su día se dictasen para el total del inmueble. (A.C.S.)

26. Acción de división. Procede, al haber fallecido uno de los socios.—La alternativa clama, siempre, por el éxito de la pretensión del actor de extinguir la agrupación existente que es lo que, básicamente, constituye el mandato de la sentencia de Primera Instancia, toda vez que, aunque apurando la argumentación

en la dirección más favorable al demandado, se aceptase que la remisión que hace el artículo 1.669 del Código a las reglas de la comunidad de bienes, sólo tiene relevancia frente a terceros, que es ante los que, verdaderamente, es oculta la sociedad, no puede olvidarse que ésta se extingue —aparte el supuesto aquí anaplicable del artículo 1.704 del Código civil—, por la muerte de uno de los socios, conforme al artículo 1.700 del Código civil, que establece esta estricta causa de extinción, tanto más operativa en el presente caso, si es que cupiese establecer gradaciones en tal causa de extinción del vínculo asociativo, cuanto que el juego del *intuitus personae*, aparece aquí acentuado por la originaria limitación personal de la discutida sociedad y el texto de la estipulación 5.^a del contrato que, al señalar el cometido específico de cada contratante, en el quehacer común, está manifestando que los interesados no previeron la prolongación del vínculo más allá de sus vicisitudes personales, de modo que, faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad, aunque, de hecho, haya permanecido el estado de cosas hasta entonces existente, sin oposición de nadie, como fenómeno de pura inercia, que ni autoriza a pensar, dada la insensibilidad del Código a la continuidad sin pacto, en una prórroga tácita —que más bien sería una nueva sociedad, a la que por otra parte no se ha aludido siquiera por ninguno de los interesados— ni afectar a la facultad del partícipe sobreviviente, de instar ante la actitud pasiva de los sucesores del fallecido, la declaración judicial de la concurrencia de la causa de disolución y, ya en este punto, sea porque se ha producido, con aquella citada prolongación una especie de comunidad ordinaria (*Sentencias 21 septiembre 1907 y 4 julio 1959*) susceptible invocar frente a ella el artículo 400 del Código, sea por aplicación del artículo 1.062 del mismo ordenamiento, dada la remisión del artículo 1.708, pedir la enajenación de la cosa común en pública subasta con admisión de licitadores extraños, conforme a lo suplicado en la demanda, tal y como, en esencia, se pronunció la sentencia de Primera Instancia (*STS 29 octubre 1987*, ha lugar.) (L.F.R.S.)

27. Cobro de lo indebido. Requisitos. Entrega de divisas por entidad extranjera a banco español.—La parte actora, ahora recurrente, *Aginter, Agentur für Devisen- und Depositenvermittlung A.G.*, realizó dos entregas por un total de 4.443.500 francos suizos, que la entidad demandada, y ahora recurrida, ha reconocido haber recibido, pero lo que no se ha probado en forma alguna es que dicha obligación de pago se hubiese contraído sin convenio, ya que existieron relaciones contractuales entre ambas partes litigantes, realizando la actora recurrente operaciones de compra y venta de divisas (dólares y francos suizos) por cuenta de la demandada recurrida, y por todo ello es evidente que la actora no ha probado que la demandada no tuviera derecho a cobrarlas, ni que exista error en el pago; de ahí la conclusión de la sentencia recurrida, que esta Sala de casación acepta, en el sentido de que no se acreditó error en el pago ni que se estuviera fuera de las relaciones contractuales contraídas con más o menos formalidades dentro del actual y complejo tráfico de divisas en los mercados internacionales.

Prueba del error.—En todo caso, aun dentro del cuasicontrato del cobro de lo indebido, cabía añadir que ya desde la época del Senadoconsulto Macedoniano, recogido por las Partidas y por el vigente Código civil, era esencial la prueba del error a cargo del demandante para que se diera a su favor la *conductio indebi-*

ti, que había de fundarse en una adquisición sin causa, supuesto contrario al probado en la instancia de esta litis, pues el error del que paga es necesario para el éxito de la pretensión de restitución, error que no se probó, ni en cuanto a los hechos ni de derecho, por lo que no puede en el caso debatido entrar en juego la presunción *juris tantum* que sienta el artículo 1.901, inciso primero, del Código civil, ya que el demandante, si bien ha probado la entrega, no ha probado la falta de causa, causa constituida por las reiteradas relaciones negociales que derivan de los autos (STS 30 septiembre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un caso en el que los hechos se presentan con cierta oscuridad. Me parece que la *ratio decidendi* estriba en que no hay *indebitum* dado que entre las partes han existido relaciones contractuales derivadas del tráfico internacional de divisas, si bien se matiza que tales relaciones han sido contraídas «con más o menos formalidades». ¿Trata de aludirse a posibles irregularidades en la aplicación de la legislación española sobre moneda extranjera, en las que el Tribunal Supremo no quiere entrar? En todo caso, la carga de la prueba de lo indebido (en este caso, *indebitum ex re*) correspondía al actor, y no la ha realizado. La inaplicación del 1901 también parece correcta dado que no se está en presencia de lo no debido o lo ya pagado, habiéndose probado, en cambio, una «justa causa» de la entrega de esa fuerte cantidad de divisas. Sobre el tema, últimamente Ballarín Hernández, *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa* (Madrid 1985), además de los estudios fundamentales de Núñez Lagos, Roca Sastre y Lacruz. (G.G.C.)

28. Culpa extracontractual. Responsabilidad por el hecho de los dependientes.—Se declara probado que don Juan G. R., en su calidad de motorista, estaba adscrito en exclusividad a Agromar, como trabajador de la plantilla de la empresa o fijo de empresa, siendo de cargo de aquella entidad el abono de la retribución directa al mismo, sin perjuicio de que continuase como de plantilla del puerto a los efectos de liquidación y devengos diferidos y de los beneficios de la Seguridad Social, conforme previenen los artículos 28 y 30 de la Ordenanza de Trabajos Portuarios de 29 de marzo de 1974; estas normas reglamentarias, por no tener carácter sustantivo, no permiten la censura casacional, ni en el caso concreto inciden sustancialmente en la relación laboral o en la más amplia de arrendamiento de servicio, debiendo aplicarse la doctrina reiterada recogida en la reciente sentencia de 10 de mayo de 1986 de que a tenor del artículo 1.903 del Código civil la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia es exigible, no sólo por actos y omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, teniendo como fundamento esta responsabilidad una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o incluso en la creación de un riesgo; y requiriendo una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las circunstancias del caso, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad, porque el que recibe la utilidad de la gestión responde civilmente de la acción u omisión en que el agente pueda incurrir.

Función de la organización de trabajos portuarios.—La Organización de Trabajos Portuarios es un organismo autónomo por razón de sus funciones que nin-

guna responsabilidad tiene, ni *in eligendo*, ni *in vigilando*, respecto de las actividades desarrolladas por los trabajadores que proporciona a las entidades que lo solicitan; lo importante no es el aspecto orgánico del organismo autónomo, sino su aspecto funcional, su provisión de mano de obra a las empresas que lo solicitan, de la clase y para el cometido que interesan, de forma que quedan sometidos a sus órdenes en el trabajo que les encomiendan, percibiendo retribución directa de ellas, salvo determinados devengos y la Seguridad Social, en lo que incide la manera concertada de realizarse el pago.

Defectos formales del recurso.—Basada la sentencia de instancia en una apreciación conjunta de la prueba practicada, no es dable al recurrente desarticularla, para apoyarse en elementos aislados y atribuirles eficacia preponderante; los documentos han de ser literosuficientes, es decir, demostrar por sí mismos lo que se pretende, sin necesidad de exégesis, deducciones o inferencias; las consecuencias jurídicas provenientes de interpretación no pueden impugnarse por vía de error; si lo que se acusa es el error de derecho, ha de citarse una norma valorativa de prueba, la casación civil sólo puede fundarse en normas de esta naturaleza y no en disposiciones que forman parte de una Ordenanza Laboral (STS 21 septiembre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—La singular intervención de la Organización de Trabajadores Portuarios en las actividades de carga y descarga de buques mercantes en puertos españoles ha dado pretexto a la empresa demandada, propietaria del buque en el que se hizo la carga y se produjeron los daños por descuido del motorista que manejaba la grúa, para intentar desviar su responsabilidad *ex artículo 1.903, párrafo 4.º*. Con acierto la sentencia analiza las relaciones jurídicas de los obreros contratados para tales operaciones, y llega a la conclusión de declarar la responsabilidad de la empresa contratante. A destacar la referencia a la responsabilidad por riesgo como fundamento del 1.903 junto a las tradicionales culpas *in eligendo* o *in vigilando*. La parte perjudicada ha preferido utilizar la vía extracontractual y no la del contrato mercantil de transporte marítimo. (G.G.C.)

29. Culpa extracontractual. Daños por incendio en finca colindante. Prueba de la culpa. Inversión de la carga de la prueba. Falta de la relación de causalidad.—La doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba exige, para ser aplicada, que exista una relación de causalidad conocida y comprobada entre la actividad del demandado y el daño, o sea, en el caso que se enjuicia, que le sea atribuible a éste el fuego que causó los daños; y ese nexo de causalidad ha sido lo que ha constituido sin éxito el objeto de las diligencias seguidas y el del juicio del que el presente recurso dimana, existiendo cinco resoluciones judiciales emanadas por órganos judiciales penales, y las dos sentencias de instancia del juicio en las que implícita o expresamente se excluye la imputación del fuego a la actividad del demandado, siquiera no exista duda acerca de que el fuego se originó en el inmueble número 3 y se propagó a la casa número 5, lo cual no es intercambiable con que el fuego procediera de las brasas de los maderos encendidos por el demandado o de un cortocircuito en la instalación eléctrica; falta la relación de causalidad a la que incorporar, por la regla de la inversión de la carga de la prueba, el elemento culpabilístico atribuible al agente, que es lo que se presume, y no la causalidad (STS 24 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—En una inicial consideración cabe calificar de regresiva a la doctrina contenida en esta sentencia (Pte. Serena Veloso) dado que el sector de los daños producidos por incendio es uno de los *sensibles* en la jurisprudencia de la Sala 1.^a, no siendo difícil encontrar resoluciones en sentido contrario. Dado que con la producción del incendio desaparecen las pruebas de su originación, la generalización de esta doctrina puede abocar a la no resarcibilidad de los daños causados por ignición. En el presente caso se declara expresamente la relación de causalidad material entre el fuego originado en la casa del demandado y el incendio provocado en el piso del actor. No parecería excesivo hacer recaer sobre el primero la carga de la prueba de no haber sido causante del incendio inicial. Por otra parte, tampoco parece convincente invocar las sentencias absolutorias en vía penal dado que es reiterada la jurisprudencia que les niega eficacia de *res iudicata* en el proceso civil, salvo declaración de inexistencia de hecho que aquí no se da; mucho menos lo es referirse a la absolución en ambas instancias civiles, porque de ser ello un argumento determinante del fallo, ¿para qué sirve el recurso de casación? (G.G.C.)

30. Culpa extracontractual. Daños por obras en finca colindante. Responsabilidad por riesgo. Negligencia del dueño de la obra.—La más progresiva y actual doctrina jurisprudencial reconduce a la responsabilidad por los cauces de una objetivación de la obligación nacida de actos ilícitos, con fundamento último en la responsabilidad por riesgo, y que no admite más prueba que la ruptura o inexistencia del nexo causal; en el presente caso se pone de manifiesto la culposa y negligente conducta del dueño de la obra, quien, carente de conocimientos técnicos relativos a la ejecución de la misma, ordena la construcción del servicio de empalme de tuberías a un simple fontanero, carente de toda garantía técnica, con lo que la culpa aparece con caracteres sobradamente marcados y suficientes para la desestimación del motivo.

Litisconsorcio pasivo necesario. Inaplicación de la doctrina general a la culpa extracontractual.—La doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario encuentra una notable excepción en los supuestos de culpa extracontractual, de una parte, por la especial naturaleza de la coautoría (seguramente, una de las más debatidas en el ámbito jurídico) y por el principio de conservación de los actos procesales, toda vez que es doctrina jurisprudencial matizando la anterior generalizada, la que viene entendiendo que la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos pasivos y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litis consorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual (Ss de 16 marzo 1971, 28 mayo 1982 y 28 enero 1986).

Legitimación activa.—La legitimación activa en la reclamación del importe de los daños y perjuicios causados por culpa extracontractual es predicable siempre de aquel que hubiera sufrido el daño, y en el presente caso, acreditada en autos la cualidad de propietaria de la autora, que fue la que soportó los daños y perjuicios, es vista la concurrencia de la necesaria legitimación activa de la postulante en Primera Instancia (STS 16 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Incide la sentencia extractada en declaraciones *obiter dictum* que nada ayudan para encontrar la justificación del daño. Es patente la negligencia de quien, ignorando las reglas de la construcción, encarga una obra de cierta entidad a un simple fontanero. Obsérvese de pasada que el Tribunal Supremo aplica la presunción de inocencia a este último. Surge la pregunta ¿por qué se proclama «la objetivación de la obligación nacida de actos ilícitos» y el principio de la «responsabilidad por riesgo»? ¿Se trata de dejar bien claro que en este sector de la vida económica, constituido por los daños que son consecuencia de obras en edificios colindantes es ya doctrina consolidada la vigencia del citado principio? No parece que, sin matizaciones, pueda sostenerse con generalidad tal aserto. (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES

31. Superficie urbanística. Prórroga de plazo. Cláusula «*rebus sic stantibus*».

Requisitos.—A partir de la importante sentencia de 13 de junio de 1944, la doctrina ya consolidada estima como premisas imprescindibles para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: 1.^{a)}) alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración; 2.^{a)}) desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumbe el contrato por aniquilamiento de las prestaciones; 3.^{a)}) que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y 4.^{a)}) que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio; y ello indica la extremada cautela de su aplicación, pues no en balde el propio artículo 3.^º.2 del Código civil dice que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

Inaplicabilidad a los derechos reales de la cláusula «*rebus sic stantibus*».—Por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad, el derecho de superficie está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente, que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo del Derecho de Obligaciones, en las que su natural fluidez propicia esas medidas en pro de la mayor ponderación de las prestaciones reciprocas; por otra parte no hay que olvidar: a) que el aumento del valor del inmueble no es consecuencia de una prestación continua o permanente y periódica de la Sociedad recurrente, sino que es producto tan extrínseco a la dinámica negocial como lo es la plusvalía, es decir, el resultado del general y común descenso del valor de las monedas en que se cifra dicho valor, pero la construcción de los edificios y demás elementos inmuebles del complejo hotelero fueron una prestación convenida a la que se obligaba la empresa superficiaria, pero aquélla prestación por su propia naturaleza constituyó una realización de trato único, que se agotó en el transcurso de los dos primeros años de la vigencia del derecho de superficie, sin que la actividad negocial de la superficiaria haya contribuido en la obtención de su aumento de valor; b) que el aumento de valor era una circunstancia tan previsible que en el propio contrato se va aumentando el canon a satisfacer por

la recurrente en el transcurso de los años, porque a los contratantes no podía serles desconocido, por ser notorio y de común conocimiento, el mayor costo de la vida por la devaluación monetaria, operando como una cláusula convenida y concretada específicamente en punto a su cuantía, de estabilización de las prestaciones reciprocas, y c) no será lógicamente tan irritante y oneroso el supuesto desequilibrio de dichas prestaciones cuando la parte recurrente propugna la continuación del derecho de superficie, sin importarle la cuantía del canon en la prórroga (STS 6 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de la cesión de una casa-torre y terreno adjunto de 3.345 metros cuadrados, situados en Sitges, constituyendo un derecho real de superficie urbanística, a una empresa que se proponía construir un complejo hotelero, por una duración de 17 años, que expiraban el 31 de diciembre de 1981. Llegado el momento de la reversión de lo edificado, la empresa superficiaria solicita la prórroga del derecho real de superficie, invocando la conocida cláusula. Se rechaza la demanda en ambas instancias, y se estima la reconvenCIÓN que pide la extinción de la concesión superficiaria. El Tribunal Supremo desestima el recurso con base en la doctrina extractada.

Varias circunstancias coadyuvan a resaltar la importancia de esta sentencia: 1.^a) la reiteración de una doctrina jurisprudencial, cuya admisión se ratifica con base en la equidad, pero cuya aplicación efectiva cada vez se dificulta más; 2.^a) las escasas manifestaciones de la superficie urbanística constituida por particulares, si bien en Cataluña hay tradición de formas de desmembración del dominio, y 3.^a) la vinculación del caso al boom turístico, que en el período de duración del derecho litigioso desbordó todas las previsiones.

La argumentación de la sentencia se presenta rigurosamente vertebrada (Pte. Malpica González-Elipe), con un *propter dicta* muy claro (la doctrina *rebus sic stantibus* no es aplicable a los derechos reales, regidos por normas preferentemente imperativas que forman un estatuto de carácter rígido), al que se añade *obiter* una minuciosa argumentación demostrativa de que los requisitos jurisprudenciales tampoco son aplicables al caso concreto. Ello, acaso, puede ser indicio de una falta de seguridad en la argumentación fundamental. En efecto, no cabe desconocer que en el nacimiento del derecho de superficie cuestionado hay un contrato, con prestaciones que se prolongan en el tiempo, aunque, previa la inscripción en el Registro surja a favor del superficiario un derecho real limitado de goce. Mientras dura este derecho, coexisten relaciones de carácter real y otras de tipo obligacional (por ejemplo, la de construir por parte de la empresa superficie, cuya calificación de *tracto único* por la sentencia suscita reservas).

En la sentencia se destaca que las partes previeron el fenómeno inflacionario y mediante sucesivos pactos fueron elevando la cuantía del canon, con lo cual se descarta el requisito de la imprevisibilidad.

Con todo, es posible que el planteamiento económico que hicieron las partes al constituir la superficie fuera desbordado por los acontecimientos

subsiguientes, y que, en efecto, el plazo de duración pactado fuera insuficiente para una explotación rentable del complejo hotelero construido. Pero queda la duda de si la vía adecuada era la escogida. (G.G.C.)

32. Conjunto residencial o urbanización privada. Nulidad de acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria, en segunda convocatoria. Competencia objetiva.—La motivación decae, en cuanto parte de una inexacta a la vez que personalmente interesada interpretación de la normativa que se dice infringida, al pretender atribuir a la denominada Justicia de Distrito la competencia para conocer de la litis que aquí concluye. El error radica, como se desprende de la sentencia impugnada, en no haber tenido en cuenta que la norma 5.^a del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal que se dice infringido, viene referido únicamente y exclusivamente a los supuestos descritos en el párrafo tercero de su norma segunda, así como en la tercera, ninguno de los cuales es el aquí comprendido.

Las consecuencias del acuerdo impiden en absoluto el acceso al local comercial del impugnante.—Nada tampoco se ha hecho para acreditar la verdadera situación fáctica existente en el lugar de autos en orden a las consecuencias que la instalación de los tubos en U hayan podido producir, ni en favor de la tesis sustentada por la actora ni en la que es mantenida por la demandada y aquí recurrente, todo lo cual conduce ineludiblemente a aceptar la declaración contenida en el fundamento 4.^º de la sentencia impugnada de que «la instalación de tales arcos de hierro impiden en absoluto el acceso al local comercial de vehículos, habida cuenta que su destino no es otro que la exposición de automóviles». Por último y en cuanto a la infracción del artículo 6.^º de la Ley de Propiedad Horizontal que se acusa, su alegación es inoportuna dado que viene referido a los Reglamentos y no a los Estatutos.

Requisitos de la segunda convocatoria de la Junta.—Esta Sala, ya en sentencia de 13 de octubre de 1982, interpretando el citado artículo, norma y párrafo estableció que la validez de los acuerdos que hayan de adoptarse por mayoría caso de no concurrir el «quorum» exigido por la Ley, exigen se haga «una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la primera», lo cual es distinto de lo aquí verificado, esto es, realizar en la misma citación las dos convocatorias conjuntamente y para el mismo día, con media hora de diferencia entre una y otra. La citación hecha vulnera, por tanto, la clara dicción del párrafo segundo de la norma segunda del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y la exégesis que del mismo realizó esta Sala en la sentencia que se ha dejado indicada. Y si bien es cierto que por un viciado aun cuando generalizado uso, posiblemente inspirado en una también viciada práctica inspirada en las convocatorias de las Sociedades Anónimas (artículo 53 de su Ley reguladora), se vienen refundiendo en las citaciones para las referentes a la Propiedad Horizontal ambas convocatorias con un lapso de tiempo entre una y otra que no suele exceder de las dos horas, ello, en este régimen de bienes, constituye un uso o práctica «contra Legem» y por lo tanto originador de nulidad radical.

El orden del día de la convocatoria no contenía el epígrafe «Ruegos y preguntas».—La convocatoria enviada a los propietarios para la indicada Junta Extraordinaria, no contenía el epígrafe «Ruegos y preguntas», que aun cuando en términos generales suele ir referido a asuntos no demasiado trascendentales y generalmente

de orden interno, en el caso aquí contemplado no acontecía así como acredita este proceso. Resulta evidentemente sorpresivo para la buena fe de los copropietarios asistentes a estas Juntas, enfrentarse con unos «Ruegos y preguntas» de la entidad de los comprendidos en el epígrafe aquí estudiado. Y si bien es cierto que en el supuesto contemplado, las circunstancias de no haber opuesto objeción alguna Copravesa, asistente a la misma, encierra un tácito asentimiento a su tratamiento y votación, no lo es menos que si se hubiera formulado y justificado su protesta el mantenimiento en la Junta de dichos «Ruegos y preguntas» habría sido causa de nulidad de todo lo bajo ese aspecto tratado y discutido. (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

33. Aprovechamiento de las aguas. Servidumbre de acueducto.—El derecho de aprovechamiento por un tercero de las aguas que nacen en un fundo de propiedad privada, en los supuestos en que el dueño de éste no las aprovecha en su totalidad o en parte (arts. 10, 11 y 14 de la Ley de Aguas), sólo tiene lugar cuando «*las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron y entran naturalmente a discurrir por otro de propiedad privada*». A partir de ese momento, los dueños de tales predios «*inferiormente situados y los lateralmente en su caso, adquieren por orden de su colocación, la opción de aprovechar aquellas aguas y consolidar por el uso no interrumpido de su derecho*» (arts. 5 y 10 de la Ley de Aguas a los que expresamente remite su art. 14). Pero lo que no pueden hacer los dueños de tales predios inferiores o laterales, ni por supuesto ningún tercero, es penetrar en la propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin la licencia de sus dueños por prohibirlo terminantemente el artículo 414 del Código civil y el 127 de la repetida Ley de Aguas.

Partiendo, pues, de la inexistencia de derecho por parte del recurrente al aprovechamiento abusivo que ha llevado a efecto, huelga hablar de servidumbre forzosa de acueducto, cuyo principal requisito consiste precisamente en acreditar el derecho a la disponibilidad de las aguas cuya condición se intente (STS 17 septiembre 1987; ha lugar en cuanto a la condena a indemnizar daños y perjuicios, rechazando el recurso en todo lo demás.)

NOTA.—Hay que tener presente que el asunto se sustancia y resuelve conforme a la previgente Ley de Aguas. En consecuencia interesa destacar las cuestiones siguientes: En primer lugar que no hay derecho a las aguas, puesto que conforme a la redacción anterior del artículo 5 de la citada ley, tanto en los predios de los particulares, como en los de la propiedad del Estado..., las aguas que en ellos nacen continua o discontinuamente pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios. En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas, para los efectos de la presente ley. Mas si después de haber salido del predio donde nacen, entran naturalmente a discurrir por otro de propiedad privada..., el dueño de dicho predio puede aprovecharlas...

Luego, como se ha reconocido jurisprudencialmente, es que la norma del artículo 407.2 del Código civil cede en el específico caso previsto en el artículo 408, de que las aguas continuas y discontinuas de manantiales

y arroyos que corren por sus cauces naturales nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos (Sentencia 14 marzo 1979).

En el supuesto que comentamos sucintamente se infringe el artículo 5, puesto que las aguas *no entran naturalmente* a discurrir por otro predio de propiedad privada, por lo que no puede haber aprovechamiento. Ya que en el caso de autos lo que hizo el recurrente fue realizar el aprovechamiento «por medios artificiales, no por el cauce natural del agua y desde que ésta sale de la finca, sino que la toma del agua se realizó en el mismo manantial con la construcción de una arqueta de cemento...

Sólo basta concluir el presente apartado remiténdonos de *lege lata* al artículo 2 de la vigente Ley de Aguas, en el que de su tenor se desprende la desaparición del aludido aprovechamiento particular que analizábamos *supra*, ya que prácticamente todas las aguas pasan a ser de dominio público. Asimismo es necesario traer a colación la disposición derogatoria de la ley de aguas de *iure conditio* en lo que afecta a los artículos 407 a 425 del Código civil, puesto que quedan derogadas dichas disposiciones en cuanto se opongan a lo establecido en la presente ley.

En segundo lugar, no cabe hablar de servidumbre forzosa de acueducto, ya que no se acredita el primer requisito del artículo 588, puesto que como de todos es sabido, todo el que se quiera servir de agua para un finca suya, está obligado a justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso a que la destina; y no puede traerse ciertamente a colación el anterior artículo 14 de la previgente Ley de Aguas, puesto que en el caso de autos, sólo tendría virtualidad operativa dicho precepto cuando las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron y entran *naturalmente* a discurrir por otro de propiedad privada, lo que no ocurre en el supuesto que analizamos, ya que el recurrente llevó a cabo el aprovechamiento por medios artificiales y no por el cauce natural del agua. (F.LL.Y.)

34. Concepto de Precario.—Es conveniente resaltar que si el contrato de arrendamiento quedó extinguido por esa cláusula suscrita el 17 de julio de 1980, dada la bilateralidad y onerosidad del contrato locativo (art. 1.543 del Código civil) que quedó sin efecto en virtud de la misma, quírese decir que automáticamente quedó, al faltar toda clase de especificaciones contractuales, en una situación de precario, de carácter residual, acorde con la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 18 junio 1900, 30 junio 1953 y 30 octubre 1986), en la que sintéticamente se define su concepto como el que corresponde a todo disfrute o simple tenencia de una cosa sin título o sin pagar merced por voluntad de su poseedor o sin ella, de suerte que el hecho de pagar merced que excluya la condición de precaria, no está constituida por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de renta o de alquiler del arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que pesen sobre el ocupante de los bienes por otros conceptos y en su propia utilidad (luz, contribuciones, gas, calefacción, conservación, etc.).

Convenio de alteración objetiva con sustitución global.—Al extinguirse el arrendamiento sobre el inmueble en virtud de la cláusula final de 17 de julio de 1980, quedó extinguido el negocio totalmente, sin persistencia de los demás elementos que los constituyen aparte del precio, es decir, que el tiempo convenido y el destino como integrantes de aquel negocio bilateral, sólo subsisten en cuanto puedan quedar enmarcados dentro de la negociación convenida en la cláusula conforme al artículo 1.204 del Código civil, pero de una forma expresa y terminante (STS 22 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado era arrendatario de un bungalow de la actora. Debido a las relaciones sentimentales que mantenían, la arrendadora suscribió al dorso del contrato de arrendamiento esta declaración: «Yo, Gabriele Borchert exhimo (sic) a don Karl Fischer de sus pagos mensuales de renta. Deberá continuar ocupándose de los gastos corrientes. Si algo ocurriera a mi o a mi hijo, el señor Fischer podrá hacerse inscribir como propietario de esta finca en arrendamiento, el apartamento Puntillo del Sol...». Finalizadas las relaciones amorosa, la actora pretende dar por finalizada la situación de precario en que se había convertido la primitiva relación arrendaticia. (L.F.R.S.)

35. Derecho de opción.—El derecho de opción no tiene naturaleza de derecho real y si sólo de personal, y, como tal, quedaría sujeto a las reglas del número 4.^º del 1.923 del Código civil (y no del 3.^º, como erróneamente se dice en el recurso y en la propia sentencia que se impugna), pues la anotación preventiva de embargo se produjo el 9 de octubre de 1981 y la opción se ejercitó el 15 de octubre de 1982 y sólo hasta el 29 de octubre siguiente no se presentó la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad; y porque, en definitiva, la sentencia firme de remate se produjo el 30 de junio de 1981 a la par que la opción, en su última prórroga, se produjo en escritura de 30 de septiembre de 1983. Finalmente, hay que tener en cuenta que al haberse ejercitado el derecho de opción en fecha 15 de octubre de 1982, su ejercicio fue extemporáneo y fuera del plazo establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, es decir, cuando ya habían transcurrido cuatro años a contar del nacimiento del derecho de opción en escritura de 4 de noviembre de 1977 y se encontraba en el quinto año de prórroga establecido en escritura de 30 de septiembre de 1981, a contar desde el 4 de noviembre de 1977 (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Realmente, a nuestro juicio entendemos que es importante resaltar el siguiente extremo: ¿la opción se inscribió efectivamente? Parece deducirse de la documentación de que disponemos que no se ha inscrito. En caso contrario, operaría como condición resolutoria para todos los actos posteriores, y que por lo tanto quedarían sin efecto, teniendo que cancelarse. Obviamente, si se hubiera inscrito la opción, no hubiera prevalecido el embargo.

En el supuesto de autos, parece que se enjuicia el caso litigioso, partiendo del dato de que no hay inscripción de la opción, con lo que prevalece el embargo, porque se entiende que la opción no es un acto dispositivo. De todos es conocido que los «actos dispositivos» *aún no inscritos* prevale-

cen frente al embargo anotado. No obstante, en el supuesto resuelto en la presente sentencia, el ejercicio de la opción no hubiera prosperado, ya que en virtud de las sucesivas prórrogas se había rebasado el plazo de 4 años establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. (F.LL.Y.)

5. DERECHO DE FAMILIA

36. Capitulaciones matrimoniales. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Improcedencia de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—Es doctrina mantenida por esta Sala la relativa a que siendo requisito esencial para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe y dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo pueda ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no concurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio, que no perjudican los derechos ya adquiridos por terceros (Sentencias de 15 y 17 febrero 1986 y 16 febrero 1987), doctrina ésta que no deviene incompatible con la sustentada en las sentencias recogidas en el fundamento 6.^º de la recurrida, puesto que su observancia ha de ceder frente a supuestos, como el de autos, en que al acreedor se le ofrecen posibilidades suficientes para lograr el pago de la deuda. (STS 14 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía mercantil anónima promovió demanda contra un matrimonio en ejercicio de la acción rescisoria, por entender que las capitulaciones matrimoniales habían sido realizadas en fraude de acreedores.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia y declaró rescindida, por fraude de acreedores, la escritura de capitulaciones matrimoniales, ordenando cancelar las inscripciones efectuadas en el Registro de la Propiedad en virtud de las adjudicaciones verificadas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, ya que no ha quedado probada la imposibilidad de cobrar el débito.

37. Capitulaciones matrimoniales: disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio. Protección de los derechos adquiridos por los acreedores.—Es de completa aplicación al caso la doctrina sancionada por la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1987, expresiva de que según estableció el párrafo último del artículo 1.322 del Código civil, en la redacción que le fue dada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, conteniendo idéntica disposición el artículo 1.317 del propio Código, tal como quedó redactado por la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en el Título III de su Libro IV, siendo inconcuso que la aplicación de la citada normativa determine que la responsabilidad del patrimonio ganancial existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan

hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando, responsabilidad del patrimonio ganancial que, por otra parte, no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario a fin de hacer efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones, ya que lo que el precepto que se supone vulnerado consagra es una responsabilidad «*ex lege*», inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad de declaración de ineeficacia o nulidad de clase alguna. (STS 10 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó en parte la demanda interpuesta por una sociedad anónima contra los cónyuges, condenando al marido a pagar a la entidad demandante una determinada suma por las mercancías que no fueron satisfechas, y ordenó que si no se efectuaba voluntariamente el pago, se verificará a cargo de sus bienes propios, y en su defecto, con los adjudicados a la demandada en la escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que se disolvió y liquidó la sociedad de gananciales. La Audiencia Territorial estimó parcialmente la apelación, fijando una suma superior. No prospera el recurso de casación.

38. Donación del marido a la mujer de una parte indivisa de un yate.—Siendo el yate cuestionado un bien mueble, de acuerdo con el tenor literal del artículo 585 del Código de comercio, al menos a los efectos de su donación, es obvio que deberán entenderse cumplidos los requisitos mencionados en el artículo 632, tanto si entendemos que la donación fue simplemente verbal, toda vez que el yate fue inmediatamente poseído por la esposa, como si se reputa que la donación fue escrita, ya que cabe atribuir tal valor a la inscripción del yate en el Registro de la Propiedad mercantil, operándose en este caso la aceptación de la esposa donataria, al consentir tal inscripción.

Donación entre cónyuges. Aplicación del artículo 20 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña.—No puede entenderse que el contenido del artículo 20, en su anterior, y menos aún en cuanto admite la posibilidad en ciertos supuestos de las donaciones entre cónyuges, así como la validez de la revocación de las donaciones, respetando con ello el principio de la autonomía de la voluntad e impidiendo la posibilidad de discriminación por razón del matrimonio de los actos jurídicos de los esposos, pueda resultar contraria a ninguno de los preceptos de la Constitución, por lo que no puede concluirse su derogación por la Carta Constitucional. Tampoco puede predicarse, como hace la recurrente, la aplicación en el supuesto de autos de los artículos 1.323 y 1.324 del Código civil, máxime cuando existía en el momento de la perfección de la donación un precepto foral especial, el del artículo 20 de la Compilación catalana, aplicable al supuesto fáctico hoy contemplado, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la sentencia de 4 de febrero de 1983, dictada en aplicación a la Disposición final 2.^a en relación con el artículo 1.^º de ella,

las disposiciones de la Compilación regirán con preferencia el Código civil, y solamente en lo no previsto en aquélla se aplicarán los preceptos del Código que no se opongan a las fuentes jurídicas de aplicación general.

Doctrina de los propios actos.—En orden al alcance de la doctrina de los actos propios tiene declarado esta Sala que los actos propios contra los que no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, y que los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos. (STS 5 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido solicitó la nulidad de la donación efectuada en favor de la mujer, consistente en una parte indivisa de un yate, en base a la revocación expresa de dicha donación. En consecuencia, pertenece dicho yate en propiedad al actor y a la demandada, y en virtud de la *actio communi dividundo* procede la venta del yate en pública subasta, entregándose a cada uno de los copropietarios la parte que le corresponde del precio obtenido.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

6. DERECHO DE SUCESIONES

39. Interpretación de testamento. Doctrina general. Derecho catalán.—La actividad interpretativa testamentaria constituye un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, hasta el extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos en los que no se excluye el acceso a la casación; la aplicación del artículo 675 del Código civil ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aunque la primera regla del precepto sea la literalidad, puede acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar, en lo posible, las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta.

Institución de heredero con prohibición de disponer. Sustitución vulgar y fideicomisaria.—En la cláusula discutida se perfilan dos partes perfectamente diferenciadas: la primera contiene una institución de heredero a favor del hijo del causante, seguida de una prohibición temporal de disponer: «Quien no podrá disponer de la herencia libremente, hasta haber cumplido la edad de 25 años, o antes si se casare y tuviere hijos», disposición cuya interpretación no ha ofrecido duda alguna salvo el alcance que deba darse a la expresión «disponer libre-

mente»; en la segunda parte de la cláusula se ordenan una serie de sustituciones: a) una primera vulgar, en favor de las mismas personas a las que después se referirá, para los casos de premociencia del heredero, o para los supuestos en que no llegue a serlo, y b) una segunda sustitución fideicomisaria de carácter condicional, instituida para después de la muerte del heredero fiduciario, y sujetada a las condiciones alternativas siguientes: «para el caso de morir (el heredero) antes de haber cumplido la edad de 25 años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos o naturales, uno o más»; y necesariamente hay que entender que existen dos condiciones distintas, separadas por la partícula disyuntiva «o», y referidas a dos supuestos dispares, con la circunstancia de que la concurrencia de cada uno de estos supuestos por separado dará lugar al nacimiento de la sustitución fideicomisaria: o que muera el heredero antes de los 25 años, o que aun muriendo después no tenga descendencia.

Fideicomiso de residuo. Facultad de disponer «inter vivos».—El testamento constituye una unidad donde está plasmada la voluntad del testador, y sus distintas disposiciones es preciso interpretarlas integrándolas armónicamente, de modo que pueda extraerse la verdadera y completa voluntad de disponente; de este modo la facultad de disponer libremente de la herencia hay que interpretarla poniéndola en relación con la sustitución fideicomisaria que se dispone en la segunda parte de la cláusula, y entender que el testador sólo le autorizaba a disponer libremente por actos *inter vivos*, pues de otro modo se produciría una contradicción insalvable al admitir una sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario estaba autorizado a disponer por testamento.

Derecho catalán. Diferencia con la sustitución preventiva de residuo.—Necesariamente nos encontramos frente a un fideicomiso de la clase de los de residuo, definido y regulado en el artículo 210.1.^º de la Compilación de Cataluña, coincidente con la legislación anterior, y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares, y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole, no obstante, para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los bienes que no hubiere dispuesto, no pudiéndose entender que existió una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210.2, pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa* (STS 2 septiembre 1985; ha lugar) (G.G.C.).

40. Preferencia genealógica a título nobiliario.—En el pleito objeto del recurso ha de prevalecer el derecho del actor sobre la demandada al quedar excluido el derecho de representación en tanto en cuanto las partes están en línea colateral, tanto respecto del fundador del título o merced como al último poseedor legítimo, al *venir determinada la preferencia por el mejor derecho genealógico*, proximidad de grado o propincuidad y no ser aplicable la Ley 45 de Toro, al tratarse de sucesión irregular.

Interpretación de las normas que rigen el derecho nobiliario.—Es doctrina jurisprudencial que la exégesis de las normas que disciplinan el derecho nobiliario, siguen las pautas de las reglas establecidas para los negocios jurídicos relegados

al Tribunal *a quo*, en tanto en cuanto no se ha demostrado que carezca de base (STS 27 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La ley de 4 de mayo de 1948 que restableció las disposiciones vigentes hasta el 14 de abril de 1931 sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino, tuvo su desarrollo posterior en el Decreto de 4 de junio del mismo año, que en su artículo 5.^º dispuso que el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión, y en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia. Siguiendo este criterio, al ser ley fundamental aquella a que el título viene vinculado a un mayorazgo, la carta de creación es la genuina y expresiva de la voluntad del fundador, estándose a la carta de creación del mayorazgo que expresamente repudian el orden de sucesión establecida en Las Partidas, Leyes de Toro y Novísima Recopilación, y se rechaza y prohíbe el derecho de representación, con la consiguiente llamada al próximo pariente vivo en el momento de fallecimiento del último poseedor, sin que el que premuera transmita derecho al hijo.

NOTA.—Es notorio por tanto, y coincidimos con el sentir de la doctrina más especializada (Jiménez Asenjo, *Régimen jurídico de los títulos de nobleza*, Barcelona, 1955) que la sucesión de los títulos nobiliarios se regirá por lo determinado en el título de concesión y, *en el defecto de determinación sucesoria en el título*, se seguirá el orden tradicional; y éste es, según doctrina y jurisprudencia, el establecido para la sucesión de la Corona, hoy fijado en el artículo 57 de la Constitución, dicho precepto contempla la preferencia genealógica en el orden de sucesión al título nobiliario, a saber: el de mejor línea, en su defecto, el de mejor grado. En igualdad de grado, el varón antes que la mujer. En igualdad total, el de mayor edad.

En consideración al punto neurálgico del litigio referido a la admisibilidad del derecho de representación en la línea colateral, debe concluirse que no se da, ya que a tenor de las disposiciones históricas y como ha argumentado la opinión de la doctrina más autorizada (Lacruz Sancho Rebullida, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1981, p. 615) el colateral más próximo, por remoto que sea, sucede por derecho propio. Lo cierto es que una reiterada jurisprudencia (que citan los autores a los que seguimos en este sucinto comentario) ha declarado que conforme a Las Partidas y Novísima Recopilación, la anteposición de la mejor línea desaparece cuando se han extinguido las líneas descendentes; que la dignidad se transmite en tal supuesto «el más propincuo pariente», siendo la proximidad en el grado y no la línea, la que debe presidir la provisión, que el título corresponde al pariente colateral más próximo, que entre colaterales no hay distinción de líneas ni preferencias derivadas del hecho de que unos enlacen con el causante por parte de padre y otros por parte de madre, y en suma, que en la sucesión colateral sólo operan tres criterios de preferencia: 1.^º el grado; 2.^º el sexo, con igualdad de grado, y 3.^º la edad en igualdad de grado y sexo (Sentencias 30 marzo 1859, 7 marzo 1919, 12 junio 1924, 8 noviembre 1927, 25 junio y 24 diciembre 1952, 19 y 26 de octubre y

19 noviembre 1955, 10 octubre 1960, 20 marzo y 16 noviembre 1961, 31 diciembre 1965, etc....).

En relación con la naturaleza del título nobiliario, estamos de acuerdo con Vallterra Fernández cuando explica con razón que, si bien el título nobiliario (transmisible de acuerdo con las normas a tal fin establecidas por la propia Carta de Creación, por la voluntad del poseedor o, en su defecto, por las disposiciones tradicionalmente aplicadas en este materia) afecta a la personalidad y a la familia, no constituye un propio derecho de la personalidad ni un *status especial*. (*El Derecho nobiliario español*, Ministerio de Justicia, Madrid 1982).

Efectivamente, como destacó la sentencia de 24 de mayo de 1982, del Tribunal Constitucional, el título nobiliario no es en su origen un derecho inherente objetivamente a la personalidad, sino derivado simplemente de la libérrima voluntad del concedente.

Finalmente, a los efectos de fijar los caracteres propios de los títulos nobiliarios, remitimos a la doctrina indicada y a la jurisprudencia *ad hoc* (Sentencias 25 junio 1955, 11 noviembre 1955, 4 noviembre 1957, 21 mayo 1964 y 8 abril 1972) que destaca su carácter de graciável (motivo de la concesión), inalienable (condición de indisponibles), permanente, vinculantes (por razón de sucesión). (F.LL.Y.)

41. Usufructuario universal y heredero. Diferencias sustanciales.—En cuanto que la herencia implica una adquisición traslativa de dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena, en cuanto el usufructuario, a diferencia del heredero, no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea, y en cuanto el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 del Código civil), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario, aunque lo sea universal, más que un sucesor en los bienes, es decir, en la parte activa del patrimonio (STS 20 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Aplicable al caso la normativa anterior a la ley de 13 de mayo de 1981, por haber tenido lugar el fallecimiento del causante antes de su entrada en vigor, todo el problema litigioso queda centrado en determinar *a la luz tal regulación*, cual será el sentido y alcance que deba darse a la cláusula testamentaria por la que «en la totalidad de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra por sus herederos en usufructo vitalicio a sus tres hermanos y en nuda propiedad consolidable con el usufructo a la muerte de los herederos de este derecho, a su esposa, y, más concretamente, si estamos en presencia de una institución a título universal o ante un legado.

NOTA.—Efectivamente, como se colige del primer ordinal de los fundamentos de derecho, la *versata quaestio* consistía en discernir si estamos en presencia de una institución a título universal o ante un legado, pues si consideramos que *prevalece el nomen* frente a la *asignatio*, en otras palabras, la institución de herederos, la conclusión no podía ser otra que la siguiente: al producirse una preterición (a la sazón del hijo adoptivo simple) se anulaba la institución de herederos *in totum*; por el contrario, si entendiésemos que la mentada cláusula, a pesar de su tenor literal, encerraba intrínsecamente una disposición a título singular, la solución sería distinta, pues aun cuando la preterición conlleva esa *vis attractiva* —anulación de la institución de herederos— no obstante (tanto la redacción previgente con la cual se resuelve y razonamos este litigio, como *mutatis mutandis* con la redacción actual) se declaran válidas las mandas y *legados*. Por lo que en el supuesto de autos, quizá cupiera entender en todo caso que se redujera la institución, si el legado resultara inoficioso, siempre y cuando, debemos insistir, consideremos que nos encontramos en presencia de una disposición a título singular. En conclusión estamos con la opinión de la doctrina, según la cual el llamamiento en usufructo (como el supuesto de autos) no atribuye un contenido adecuado a la calificación de heredero. Si bien es posible que a un heredero se le individualice su cuota concretándole en su usufructo, en este caso el usufructo no estará en la disposición sino en la partición (vid? Castan, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de Sucesiones, Madrid, 1979, pp. 621).

Para epilogar la presente cuestión, nos remitimos a la sentencia del 24 de enero de 1963, donde se clarifican las notas diferenciadoras y entre las que destacamos las siguientes: entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario, aunque lo sea a título universal, sobre todo cuando la designación es voluntaria y no legal, median profundas y esenciales diferencias que dan lugar a la imposibilidad de confundirlos, así: la conjunción de derechos y obligaciones que colocan el heredero en igual situación que al difunto, y el *ius disponendi* que faltan en el usufructo, *ius in re aliena*, desmembración de la propiedad del *ius fruendi*, la transmisión directa de la posesión al heredero, que debe entregarla al usufructuario, el carácter vitalicio del usufructo, que lo hace intransmisible *mortis causa*; el distinto destino de herencia y usufructo en caso de renuncia, y la distinta responsabilidad o afección por las deudas y cargas. De todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota, y que aunque esté designado a título universal, no se tra de un continuador de la personalidad del testador. (F.LL.Y.)

II. DERECHO MERCANTIL

42 Arrendamiento de industria. Buena fe como límite del ejercicio de los derechos subjetivos.—El artículo 7.^º-1.^º del Código civil es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo repar-

to de la propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena.

Doctrina de los propios actos.—La sentencia de 29 de enero de 1975 concreta que se falta a la buen fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios. Señala igualmente la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar al otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las cuales, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisible (STS 21 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora solicita una reclamación de cantidad por la conducta contraria a la buena fe de la entidad demandada, al mantenerse frente a aquélla en la posesión de una industria después de finalizado el plazo de duración del contrato de arrendamiento, negándose a devolver a los arrendadores (demandantes) la industria y el local donde la misma radicaba, dando lugar a que ejercitaran contra ella la pertinente acción de deshaucio, pretensión que fue resuelta favorablemente para los arrendadores. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial revocó en parte la anterior decisión, aunque estimando en lo esencial la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por la entidad arrendataria (J.A.M.M.)

43. Arrendamiento de industria y no de local de negocios.—Si los elementos objetivos cedidos en el uso, disfrute y explotación por el dueño a los recurrentes constituyen «la industria de hospedaje conocida por «Pensión las Margaritas», que ya existía anteriormente y con el preciso designio de continuar con el ejercicio de ella» como dice la sentencia de la Sala «a quo» que añade «... no han demostrado los demandados recurrentes que, a falta de los mismos (se refiere a los elementos o medios cedidos a los arrendatarios), hubieran de incorporar elementos que, del tipo de los adquiridos en su día por el señor Salvá (folios 36 a 41) lógicamente renovados de manera paulatina con el paso del tiempo, son indispensables para el funcionamiento de una casa de huéspedes», todo lo cual confirma que la voluntad negocial bilateral recayó sobre un conjunto armónico en unidad de explotación comercial apta no sólo para empezar el tráfico mercantil propuesto por su propio destino y naturaleza, sino continuar en el que ya de antiguo venía ejerciéndose ininterrumpidamente.

El plazo o término concretos y definidos como elemento esencial en las locaciones.—Lo que podría ser objeto de duda conforme al contenido del artículo 1.581 del Código civil, es si la tácita reconducción operaria por años o por meses, pero nunca que fuera por plazo indefinido, cuya inteligencia contractual en tal sentido, violaría la idea del plazo o término concreto y definido que es consustancial con las locaciones como exige el artículo 1.543 de dicho texto legal, cuyo correctivo para caso de omisión o de duda se establece en el ya mencionado artículo 1.581 (STS 17 septiembre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

44. Contrato de descuento.—Trátase de un contrato especial o atípico, por el que, y con ocasión del «descuento» la persona que recibe el dinero, cede “«pro-

solvendo» la letra de cambio”... Las obligaciones derivadas de dicho contrato sólo producen efecto entre las partes contratantes por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código civil, lo que traducido al supuesto objeto de discusión en la *litis*, que aquí concluye, implica que la cláusula objeto de discusión autoriza al Banco recurrente a protestar las letras «sin gastos», para conservar la acción de reembolso o de regreso contra personas vinculadas a la letra, tales como el librador o los endosantes anteriores y ajenas al contrato de descuento.

Cláusula sin gastos.—Su juego en el ámbito del derecho cambiario ha venido principalmente referido al efecto que su inclusión puede producir en las letras en que la misma aparezca respecto al mecanismo del protesto, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 502 del Código de Comercio. La doctrina de esta Sala proclama la tesis de que dicha cláusula dispensa del protesto al tenedor de la cambial, dado que implica un desistimiento o renuncia al mismo, acto éste que se integra en el marco del poder dispositivo del tenedor de la cambial que puede, consiguientemente, abdicar de los beneficios que la referida diligencia le otorga.

Carga de la prueba.—Todo el problema se centra en saber si en virtud de la inclusión de la citada cláusula el protesto no era necesario ¿a quién corresponderá la carga de la prueba de haberse o no presentado al pago la cambial? Suele aducirse en materia de dicha carga, a atribuir a cada parte la de aquella que le sea más fácil acreditar por estar más próximo a la misma. En el caso que se litiga, quien más fácilmente podía probar la presentación de la cambial cuestionada al cobro, era el Banco de Bilbao como tenedor de la misma. Congruentemente el medio más apto para acreditar ese hecho es el protesto, diligencia que no se efectuó porque la entidad, haciendo uso del derecho que le concede la cláusula «sin gastos», no lo ejercitó, por lo que las consecuencias que pueden derivar de tal actuación del derecho deben recaer sobre dicho Banco. (STS 29 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Los presupuestos fácticos que constituyen los puntos decisivos del litigio eran los siguientes: 1.º) la existencia de una letra de cambio en cuyo anverso aparecía consignada la cláusula «sin gastos»; 2.º) en el reverso de dicha letra aparecían dos endosos sucesivos. En el primero figuraba como endosatario una determinada Sociedad y en el segundo, quien endosa en esta última entidad y en el endosatario el Banco ad hoc; 3.º) entre dicha entidad bancaria y la Sociedad se celebró el clásico contrato de descuento como base del citado endoso, y 4.º) referida letra al parecer no es abonada, por lo cual el tenedor de la misma reclama su importe a quien se la endosó, con base en el indicado contrato de descuento, a lo cual la Sociedad opone que la cambial ni fue protestada ni presentada al cobro. (F.LL.Y.)

45. Improcedencia de la acción cambiaria.—En el caso de autos, debe reconocerse que no siendo procedente la acción cambiaria por inexistencia de cláusula de valor, requisito esencial para la efectividad de un juicio del título valor del que se trata, según el entonces vigente artículo 444-5.º del Código de Comercio, ajenos librado y avalista a la obligación nacida del descuento de reintegro al descontatario en caso de impago del efecto descontado y no existiendo bases de

hecho para apreciar en librado y avalista un enriquecimiento injusto (puesto que compraron al librador una maquinaria que resultó inservible y dio lugar a la resolución judicial de este contrato de compraventa) la descontante carecía de acción contra ellos que pudiera basar en las declaraciones y vicisitudes de la letra de cambio (**STS 9 octubre 1987; no ha lugar.**)

HECHOS.—La sentencia recurrida condena a la entidad demandada libradora y descontataria de una letra de cambio al pago de su valor nominal, gastos de protesto e intereses a favor de la entidad descontante actora, al entender que no siendo procedente la acción cambiaria, por no estar consignada la cláusula de valor (exigida por el previgente artículo 444-5.^º del Código de Comercio) procedía dar lugar a la acción derivada del contrato de descuento. (F.LL.Y.)

46. Nulidad de acuerdos de junta general extraordinaria de sociedad anónima designando censores de cuentas. Fraude de ley para vulnerar derechos de la minoría.—Debe entenderse por minorías a aquellos socios cuyo voto fuera plenamente contrario y no a los que solamente se abstuvieron (los dos últimos), pues caso contrario supondría, como en el presente supuesto ha sucedido, un manifiesto fraude de ley y un claro abuso de derecho, privando a aquellos de una facultad incuestionable y prioritaria (ver sentencia de 14 de mayo de 1985; es decir, lo que la sentencia sienta es que se produjo una disgregación artificiosa del Consejo de Administración para impedir que los socios minoritarios pudiesen nombrar un censor de cuentas, siendo tal actuación contraria al espíritu del artículo 108, y que los que se abstuvieron en la primera votación no puede afirmarse que constituyan minoría disidente o disconforme (la abstención no es ni adhesión ni oposición) para participar en la segunda).

El artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas constituye una norma de derecho imperativo o necesario, no susceptible de modificación, y mucho menos de derogación (Sentencia de 15 octubre 1971), y que nunca se permite que con una división del grupo mayoritario pueda frustrarse el derecho que la Ley concede a la minoría, objetivo que se pretende con este recurso y que se alcanzaría de accederse a él, porque es indudable que todos los miembros del Consejo de Administración tienen intereses idénticos o cuando menos afines frente a los hoy recurridos, que representan más de la décima parte del capital social. Finalmente, si se viola el espíritu del artículo 108 tantas veces citado, si se transgrede la intención del legislador al promulgarlo, es claro que nos encontramos ante una nulidad de pleno derecho, contemplada en el artículo 6.3 del Código civil y el fraude de ley a que se ha hecho alusión ha de entenderse como una manifestación amplia de los actos contrarios a la ley, basados en abuso de derechos ajenos, cuya esencia radica en el ataque a los derechos subjetivos de otro (Sentencia de 16 marzo 1987), de forma que la sanción se encuentra en el número citado del artículo 6 y no en el número 4, que requeriría la existencia de la llamada norma de cobertura, pero recordando que es de esencia al fraude la violación del contenido ético del precepto legal, y que el derecho que se trata de sustraer a los minoritarios no afecta ni a la iniciativa ni a la libertad de los administradores, limitándose a una intervención fiscalizadora y de vigilancia (**STS 19 octubre 1987; no ha lugar.**) (L.F.R.S.)

47. Impugnación de acuerdos de Junta General de Sociedad Anónima por no permitir la asistencia a una accionista.—Debe ser mantenida la sentencia de la Audiencia..., pues, en efecto, los únicos intereses en presencia son reconocidamente los de la impugnante y los del Administrador Gerente de la Sociedad, la cual, aún gozando de personalidad distinta e independiente de la de sus dos únicos socios no puede reputársela bastante a desligar al socio mayoritario de los pactos convenidos y reiterados, aunque lo fueran a título personal, con la impugnante y según los cuales concurre en ella la condición de socio titular de las acciones 199 al 276, por lo cual se precisaba el concurso de su voto para que alcanzasen validez los acuerdos adoptados.

Operatividad de la realidad subyacente.—Se pretende que la persona jurídica que es la Sociedad Anónima vele y oculte y ha inoperante la realidad que subyace debajo, esto es, la existencia de dos únicos socios ligados por contratos que ellos mismos reconocen como válidos y se propone el que por efecto de un «nomen» sin otro sustrato real que el oculto, se desembarace el socio mayoritario de las obligaciones que reconocidamente le vinculan con el otro socio, quien correlativamente quedaría despojado; resultado inadmisible a todas luces, ya se considere la realidad en su conjunto de una sociedad en manos de sólo los dos socios contendientes entre sí y debatiendo sobre lo pactado «iure proprio» sin presencia de otro interés alguno de terceros, o bien, reiterando la doctrina de esta Sala, se acuda por excepcionales razones de equidad a prescindir de la sociedad siguiendo el ejemplo del legislador fiscal (STS 24 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad tenía dos accionistas: A, que es la actora, y B, que es el socio mayoritario. Las acciones de A fueron entregadas en depósito a una entidad bancaria, para garantizar la deuda contraída frente a un tercero por la marido de A; deuda avalada solidariamente por B y que, por tal razón, pacta con A que las acciones de ésta aparezcan documentadas a nombre de B, aunque se hace constar expresamente que «los derechos de voto correspondientes a los títulos depositados corresponderían a A». La Sociedad demandada negaba a la actora su calidad de accionista, alegando no afectarle el pacto efectuado entre los dos únicos socios. (L.F.R.S.)

48. Contrato de cuentas en participación. Naturaleza mercantil.—Si bien es cierto que del contenido literal del artículo 239 del Código de Comercio podría entenderse que los cuentapartícipes han de ser comerciantes, sin embargo tal extremo es intrascendente. Como ya declaró esta Sala en la muy antigua pero reiterada sentencia de 8 de julio de 1894, siempre que el gestor sea comerciante, el contrato tendrá naturaleza mercantil, siendo patente que en numerosos casos quienes aportan determinado capital al negocio no son otros comerciantes, sino, por el contrario, personas totalmente ajena a la actividad mercantil. Lo que verdaderamente importa es que las operaciones a las que se destinan tales capitales sean mercantiles, según se desprende de las afirmaciones que se contienen en la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio.

En el caso en cuestión la actividad que el gestor desempeña —explotar una Delegación de Apuestas Deportivas Benéficas— es, a pesar de la denominación, lucrativa y habitual en establecimiento abierto al público y por tanto mercantil.

Calificación del contrato.—El hecho de que las partes no consignasen expresamente el contrato como de «cuentas en participación» resulta intrascendente, dado que los contratos han de calificarse atendiendo al contenido de sus estipulaciones y no al nombre que los contratantes puedan darles.

Contrato atípico.—Ha de tenerse presente que la contratación mercantil, como la civil, está inspirada en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 del Código civil, autorizando así a modificar el esquema del contrato tipo previsto por el legislador hasta el punto de deformarlo mediante la combinación o adición de pactos especiales, dando así vida a un nuevo contrato distinto, que la doctrina califica de «atípico». El artículo 2.º del Código de Comercio admite expresamente estas figuras contractuales al prescribir que «los actos de comercio, estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él». (STS 24 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre rendición de cuentas de un contrato en cuenta de participación. El demandado, en su contestación a la demanda, basa su oposición en el intento de sostener que el contrato celebrado con el demandante no era de cuentas en participación sino de préstamo. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.
(J.A.M.M.)

49. Quiebra. Retroacción.—La correcta interpretación del artículo 878.2 del Código de Comercio vigente, en relación con el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, lleva a la conclusión de que la fecha en la que se fija el inicio de la insolvencia tiene un carácter provisional, en el sentido de que pueda ser rectificada si se alega perjuicio por tercero o, incluso, por el propio quebrado. Tal provisionalidad no significa, sin embargo, que haya de dictarse otra resolución que marque una fecha definitiva, resolución no prevista, como necesaria, por la Ley que, al quebrado, concede la posibilidad de oponerse a la declaración de quiebra, en el artículo 1.326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, a los acreedores, la posibilidad de actuar, por medio de los síndicos, en el artículo 1.366 de la misma ley e incluso por proceso declarativo ordinario contra actos y contratos realizados en tiempo hábil. A esta interpretación contribuye la sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 1985 que viene a afirmar que, mientras no se impugne, se ha de tener por válida la fecha de retroacción señalada en el auto de declaración de quiebra (STS 15 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Declarada la quiebra necesaria de una sociedad anónima dedicada a la fabricación de conservas, se produjo, dentro del período de retroacción comprendido en el auto declaratorio de la quiebra, la retirada, por parte del demandado, de distintas mercaderías, alegando que la entidad deudora, después quebrada, se las entregaba en depósito, a modo de prenda para garantizar el crédito que ostentaba frente a ella. Los síndicos interpusieron demanda de retroacción para anular este pretendido contrato de depósito o garantía. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto. (J.A.M.M.)

50. Propiedad industrial. Modelos de utilidad. Exigencia de la novedad.—Según doctrina reiterada de esta Sala no es lo mismo el régimen de los modelos de utilidad que el de las patentes de invención, en cuanto al concepto y necesidad de la novedad exigida por el Estatuto para la reivindicación, pues en definitiva la patente de invención: a) es más rigurosa en su inscripción y protección consiguiente, por cuanto precisa que constituya un perfeccionamiento que tenga por objeto modificar las condiciones esenciales de un procedimiento, con objeto de obtener algunas ventajas sobre lo ya conocido, siempre que (los aparatos, instrumentos, procedimientos o sucesión de operaciones mecánicas o químicas) vayan encaminadas a obtener un resultado o producto industrial, en tanto que en el modelo de utilidad basta con que los instrumentos, aparatos, herramientas, etc., reseñados en el artículo 171, aporten a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo, o una economía de tiempo, energía, mano de obra o un mejoramiento en las condiciones higiénicas o psicofisiológicas del trabajo, es decir, que sólo requieren una ventaja apreciable con cualquiera de esas finalidades apuntadas, sin que venga a integrar «un resultado o producto industrial nuevo», y b) la patente de invención fluye del concepto novedoso dicho anteriormente, pero en el ámbito territorial español y extranjero (arts. 46 y 49 del Estatuto), en tanto que el modelo de utilidad se circunscribe solamente al primero (arts. 174 y 180), por lo que en cuanto a ellos es irrelevante su conocimiento o divulgación foránea (STS 16 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante, de nacionalidad norteamericana, solicitó que se declarara la nulidad de inscripción registral del modelo de utilidad concedido a la demandada, alegando que el mismo carecía del factor de novedad al existir dispositivos idénticos comercializados por ella con anterioridad en distintos países. La Audiencia Territorial desestimó la demanda. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.)

51. Propiedad industrial. Presupuestos para la consolidación de la marca registrada. Buena fe.—El registro de las marcas de la sociedad recurrida fue efectuado teniendo conocimiento los componentes de dicha sociedad («Electrofil, S. A.») de la denominación que iba a utilizar la sociedad en constitución, que luego se convirtió en «Comercial Hispanofil, S. A.» —parte recurrente—, razón por la cual falta el presupuesto inexcusable de la buena fe que exige el artículo 14 E.P.I. para que se produzca la consolidación de la marca registrada. Y siendo esto así, en el momento de interponer la demanda inicial del presente procedimiento —el 12 de marzo de 1985— la recurrente llegó a adquirir la posición legitimadora de usuario extrarregional prioritario, pudiendo en consecuencia impugnar con éxito el registro de las marcas de la sociedad recurrida, dado que desde la fecha de celebración del contrato por el que se instituyó la «sociedad entre fundadores» —el 16 de agosto de 1980— hasta la citada fecha de interposición de la demanda, han transcurrido más de los tres años que reiteradamente ha señalado al efecto la doctrina de esta Sala, no habiendo interrumpido dicho plazo el registro efectuado sin buena fe y con ánimo especulativo por la sociedad recurrida (STS 14 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre nulidad de patente industrial fundada en una pretendida posición legitimadora de usu-

rio extrarregistral prioritario de la denominación «Hispanofil». La Audiencia Territorial desestimó la demanda. Prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.)

III. DERECHO PROCESAL

52. Contrato de seguro. Acción de reembolso frente al causante del daño. Competencia de la jurisdicción civil cuando el daño no tiene su causa en la actividad propia del servicio público de TVE.—Puede obtenerse en buena hermenéutica la definición exacta de la jurisdicción competente, en los casos que como el presente se hace una declaración fáctica por la Sala «*a quo*» que no ha sido combatida eficientemente por el cauce del ordinal cuarto del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cual es la de que el incendio y daño consiguiente «tenga su origen en una conducta extra-administrativa, desconectada de aquel servicio, independiente del mismo o que no guarde relación directa con él, cual acontece en el caso que se enjuicia, en el que los desperfectos ocasionados en el inmueble de la calle Navarro Reverter número 2 de esta ciudad no tuvieron su causa en el «hacer» o «actuar» propios del servicio público de Televisión, consistente en la producción y transmisión de imágenes y sonido al público en general, a través de ondas, sino en un hecho tan independiente de aquella específica actividad, como el incendio del estudio de RTV en Valencia, fuera de las horas de emisión, a consecuencia de no haber interrumpido el paso de energía eléctrica al cuadro registro de luces del citado local». Es decir, que la idea del servicio público requiere un «hacer o actuar» directa e inmediatamente prestado por la Administración en favor del ciudadano como ente de la gestión pública, circunstancia que no se da cuando el siniestro y el daño se produce en una simple omisión estática, como en el caso contemplado aquí, de signo contrario al dinamismo que comporta toda gestión pública en el cotidiano devenir «para el cumplimiento de sus fines», como declara el artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico tantas veces invocada. Añádase a ello que el Ente Público, como arrendatario del local, en relación jurídica de derecho privado viene constreñido a cumplir la obligación que le impone el artículo 1.555-2 del Código civil, lo que nos reconduce al dispositivo del artículo 41 de la L.R.J.A.E. ya mencionado.

Interrupción de la prescripción de la acción aquiliana.—Tanto el acto de conciliación intentado sin efecto por incomparcencia de RTVE, por papeleta de demanda de 30 de septiembre de 1981, como la carta certificada notarialmente el 16 de febrero de 1982 cuya existencia y eficacia fáctica no ha sido desvirtuada ni en la instancia ni en el recurso de casación y la reclamación previa en vía administrativa de 30 de junio del mismo año, marcan hitos interruptores de la prescripción anual de la acción aquiliana, ejercitada por la compañía aseguradora que sufrió el daño patrimonial consiguiente al pago de la indemnización de daños, por lo que esta interrupción comporta la consecuencia de que la demanda presentada el 7 de febrero de 1983 lo fue en tiempo oportuno, dados los factores interruptores señalados conforme a los preceptos que se dicen violados que, como se observa, fueron escrupulosamente respetados, máxime teniendo en cuenta que el cómputo de tiempo que se hace en las sentencias de instancia como premisa de hecho no ha sido combatido por vía procesal adecuada y que la demanda

de conciliación no precisa de ratificarse dentro de los dos meses siguientes con la demanda de juicio declarativo, por tratarse de prescripción extintiva, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencia 7 julio, 29 septiembre y 9 diciembre 1983) y cuyos elementos interruptores dan fe incontrovertible del «animus conservandi» de la demandante respecto de la acción ejercitada, habida cuenta que la prescripción, como institución basada en la seguridad jurídica es de aplicación restrictiva.

Agente causante del daño. TVE debe asumir el riesgo de su actividad, salvo fuerza mayor o caso fortuito.—Aquí claramente se estableció en forma finalista la negligencia del Ente Público que ha sido exclusivamente condenado, pues, en efecto, como dice la sentencia de primer grado, al acaecimiento del «aleas» acrediata por si solo, la insuficiencia de las medidas técnicas adoptadas en garantía de que no se produjera el accidente, a pesar de la aprobación oficial del Proyecto de instalación de fuerza eléctrica y demás factores que aseguraban tal indemnidad, pues por el hecho de constituir tal instalación un elemento imprescindible de la actividad de RTV el Ente Público ha de responder de las consecuencias de tal actividad que constituye la finalidad de su existencia y cuyos riesgos ha de asumir salvo en los casos de fuerza mayor o fortuito que aquí no se pudo establecer ni declarar en la instancia (STS 18 septiembre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

53. Arrendamientos urbanos. Traspaso y subarriendo inconsentido. Legitimación activa.—Formando una comunidad de dueños y arrendadores, padre e hijos, cualquier comunero puede ejercitar una acción en interés de la comunidad (STS 21 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora promueve demanda sobre resolución de arrendamiento de local de negocio por subarriendo inconsentido. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la parte demandada sustentado sobre una supuesta falta de legitimación activa. (J.A.M.M.)

54. Culpa extracontractual. Colisión de vehículo militar conducido por soldado. Competencia de la jurisdicción civil.—Existe una reiterada doctrina de esta Sala acerca de que la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia de los órganos del orden jurisdiccional civil, por cuanto, como dice la sentencia de 14 de octubre de 1986, «siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios».

Ley Orgánica del Poder Judicial. Carácter residual de la jurisdicción civil.—Según sentencia de 2 de febrero de 1986, los diferentes órdenes jurisdiccionales, conforme al artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal; no existe una Jurisdicción ordinaria y, a su lado, otras Jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, por lo que ya no es invocable el principio de la *vis atractiva* de la Jurisdicción civil; pero cuando

ni aun así pueda atribuirse el conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará como residual, según el fundamental artículo 9.2, al entender dicho orden, «además de las materias que le son propias», también de «todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», como no lo está la responsabilidad extracontractual de un particular, en el caso, el conductor de un vehículo militar demandado *iure proprio*, aun cuando se combine solidariamente con la de una Administración pública; como se ha concluido por un autorizado sector de la doctrina, parece preferible que, a falta de una solución legislativa, conozcan los Tribunales civiles de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque tengan por origen daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas, a que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de pretensiones indemnizatorias contra particulares que a veces pueden ser completamente ajenos a la actividad administrativa.

Sobreseimiento penal.—No justifica en esta vía civil el hecho de que fuera sobreseída sin responsabilidad alguna para el conductor la causa instruida por la jurisdicción militar para depurar las posibles responsabilidades en la producción del accidente, ya que fuera del caso de que la extinción de la acción penal proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer, a que se refiere el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los órganos jurisdiccionales civiles son libres para apreciar las pruebas y establecer otro *factum* que el contemplado en la esfera represiva y para valorar libremente las conductas.

NOTA.—Aparte de una declaración *obiter* de basarse la responsabilidad por accidentes de circulación en el principio del riesgo (aunque se condena en virtud de una manifiesta imprudencia del conductor del vehículo militar: invadir la izquierda de la calzada en un cambio de rasante cuando se circula en caravana), destaca el esfuerzo de la sentencia (Pte. Serena Velloso) por fundamentar la competencia residual de la jurisdicción civil cuando se demanda al Estado y a un particular; aunque ya no puede hablarse de una *vis atractiva* de esta última, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece apoyo legal para tal solución, que se corrobora con un argumento de conveniencia. Sin embargo, el carácter civil del soldado conductor parece dudoso, pues, al menos al ocurrir el accidente, estaba sujeto a la jurisdicción militar. En Primera Instancia se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, mientras que la Audiencia Territorial se consideró competente y condenó solidariamente al conductor y al Estado. Esta última parece haber sido una razón de economía procesal para rechazar el recurso interpuesto por el Letrado del Estado, a saber, no imponer un nuevo peregrinar a los perjudicados para obtener la indemnización por la muerte de dos de los ocupantes del vehículo militar. (G.G.C.).

55. Responsabilidad civil derivada de delito. Alcance de la cosa juzgada. Irresponsabilidad civil del dueño del vehículo.—Según reiterada jurisprudencia la sentencia firme penal, de conformidad con los artículos 111 a 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de respetarse en todo lo que atañe a sus pronunciamientos relacionados con la persecución del delito y la congruente fijación de los responsables penales y civiles, en el caso de que sea condenatoria, por lo

cual en este caso debe respetarse íntegramente, tanto la condena del conductor, como la no apreciación de la responsabilidad civil subsidiaria del dueño del vehículo al entender que no concurrián los presupuestos del artículo 22 del Código penal en el hecho de que el dueño de un automóvil lo preste para su uso, sin interés propio directo ni indirecto.

Acción directa contra la compañía de seguros. No alcanza la cosa juzgada.—La cosa juzgada no puede operar en cuanto la demanda se dirige a la compañía aseguradora, no para que pague a consecuencia de que el asegurado haya sido declarado responsable civil subsidiario, sino porque el contrato de seguro concertado por el propietario cubría también la responsabilidad civil del conductor autorizado, lo que hace, a su vez, nacer en la compañía aseguradora una responsabilidad derivada de contrato, que le obliga a asumir los riesgos cubiertos; no se da el supuesto de las identidades del artículo 1.252 del Código civil para aplicar la cosa juzgada, puesto que la cuestión de la obligación contractual de pago de la compañía de seguros no ha sido resuelta en vía penal.

Subrogación en los derechos del asegurado.—La doctrina jurisprudencial relativa al derecho del tercero perjudicado en un accidente de circulación, en quien se concreta la persona del beneficiario en la modalidad de seguros que cubre este riesgo, a reclamar contra el asegurador por subrogación en los derechos del asegurado, hoy día es innecesaria por tener acción directa según dispone el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

Solidaridad de la compañía con el causante del accidente.—Se produce en el asegurador la cualidad de deudor solidario en relación con el causante del accidente, en orden a la responsabilidad, aunque las fuentes de su obligación sean diferentes (STS 8 septiembre 1987; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia estima parcialmente el recurso por cuanto que la sentencia de la Audiencia Territorial únicamente condenó a la aseguradora al abono de indemnización por el seguro obligatorio, y lo amplía también al seguro voluntario, de gran importancia práctica en este caso, dado que el conductor del vehículo (hijo del dueño) era insolvente. La doctrina jurisprudencial es plenamente de aprobar. (G.G.C.)

56. Sociedad de gananciales. Legitimación procesal activa y pasiva.—Es inadmisible la excepción de falta de legitimación pasiva que respecto de la esposa de uno de los demandados se opone también por el recurrente, que olvida la corrección de extender la demanda a ella a efectos de la ganancialidad de los bienes cuya inscripción registral se postula en la demanda. La denuncia que, también, en este motivo se hace de que sea el esposo el demandante y no ambos cónyuges, además de participar de la general incorrección que, en punto a la norma de cobertura en casación, es patente, olvida que el artículo 1.375 del Código civil, cuya infracción se repite, con similar argumentación en el 2.^º motivo, al amparo ahora del número 5.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no resulta afectado en el presente caso, ya que, además de que tanto si los cónyuges actúan conjuntamente, como cuando lo hace uno con el consentimiento expreso o tácito del otro, obran por cuenta de la comunidad, en el caso presente el demandante actuó una pretensión en su propio nombre: «la de que

se declare la condición y calidad de socio que tiene» en la sociedad cuya declaración de existencia la propia demanda asimismo pide, siendo en este sentido acogida la postulación por la sentencia objeto de los motivos 1.^º y 2.^º en examen, cuyo perecimiento es, por lo dicho, procedente declarar.

El requisito de la escritura pública cuando se aportan inmuebles en el contrato de sociedad civil.—El requisito de escritura pública cumple, en este caso de sociedad civil, la misma función que la que con carácter general imponen los artículos 1.279 y 1.280 del propio Código y que, por tanto, como viene declarando este Tribunal (Sentencias 5 julio 1940, 28 junio 1950, 3 marzo y 21 mayo 1960 y 10 noviembre 1978) este contrato se perfecciona por el mero consentimiento sin que la aportación de inmuebles altere su eficacia interna, ya que la ausencia de escritura pública, en tal supuesto, ha de entenderse que opera frente a terceros y no inter partes, razonamiento que hace decaer el 3.^º de los motivos, seguido del 4.^º y último de los del recurso en atención a que en éste se plantean, con mención de los artículos 1.675 y 1.676 del Código, dos temas que por hacer específica relación a la sociedad universal de ganancias, no son del caso litigioso presente, concretado, como se aprende de la simple lectura de las alegaciones y sentencia, a la realidad, duración y alcance de una sociedad establecida con participaciones concretas para la explotación de un negocio de estación de servicio y gasolina (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

57. Laudo dictado en arbitraje de equidad.—La sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado —impuesta por los artículos 117 de la Constitución y 1.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial— por la privada de terceros a la que se someten los compromitentes, sólo será eficaz y estará revestida de validez durante el plazo señalado en la escritura de compromiso, de la que constituye cláusula indispensable según el artículo 17-4.^º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, y es de tan riguroso cumplimiento el requisito de oportunidad temporal que la emisión tardía del *laudo* lo vicia de esencial nulidad por haber cesado la potestad del árbitro para proceder a la resolución del conflicto, al no haber observado el término que le fue contractualmente fijado para desempeñar su cometido. Que si ciertamente cualquier modificación del compromiso y entre ellas las relativas a su vencimiento, habrá de ajustarse a idéntica forma que la requerida para su constitución, cuales son escritura compromisoria o resolución judicial; ello no quiere decir en modo alguno que en caso de prórroga judicial del plazo para emitir el laudo haya de acordarse precisamente en la forma de auto, pudiendo hacerse también por providencia, pues si el compromiso se ha establecido por acuerdo judicial a instancia de las partes, es en esta modalidad donde se requiere el acuerdo judicial concediendo la prórroga, siendo bastante con que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado sobre ella.

Que constando en el presente supuesto la concesión de 60 días por resolución judicial, para la emisión del laudo sin más adiciones, el plazo que se inició el 15 de mayo de 1985, expiró el 13 de julio siguiente; lo que quiere decir que el laudo emitido el día 24 de julio de 1985, por escrito ante notario como preceptúa el artículo 29 *in fine* de la ley de arbitraje privado, lo estaba por árbitro que había cesado en su función jurisdiccional, por lo que sus pronunciamientos carecían de eficacia. Asimismo, todo lo afectante al plazo de actuación arbitral

ha de tener reflejo instrumental, en la escritura compromisoria o en la resolución judicial, rechazándose por tanto el descuento de los días inhábiles, porque no se trata de un procedimiento judicial, sino por el contrario un pacto que lo elimina (STS 6 octubre 1987; ha lugar al recurso contra el laudo arbitral de equidad.)

HECHOS.—Consecuencia de las discrepancias surgidas entre los contendientes, en relación a la interpretación y aplicación del contrato de 6 de abril de 1984, por el que se regulaban sus relaciones comerciales y en cumplimiento de la cláusula 17 en que se convenía que la resolución de las mismas serían sometidas al arbitraje de equidad cuyo laudo sería dictado por el Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, hubo necesidad de acudir al procedimiento judicial de formalización de arbitraje.

NOTA.—Nuestro Tribunal Supremo es categórico en cuanto al cómputo del plazo, del que no se excluyen los días inhábiles. En consecuencia es doctrina reiterada que a la actuación de los árbitros de carácter privado y con un origen contractual ha de aplicarse en cuanto al cómputo del plazo o término en que los árbitros habrán de pronunciar su laudo, lo dispuesto en el artículo 5 del Título Preliminar del Código civil, en cuyo artículo expresamente se determina que en los plazos fijados por días a contar de uno determinado —*dies a quo*— quedará éste excluido del cómputo y que no se excluyen los días inhábiles (remito a la sentencia, entre otras, del 20 de mayo de 1982, para una correcta comprensión del problema indicado).

Esto supuesto, en cuanto al asunto referido al cumplimiento del plazo para dictar el laudo. Considerando (como ha venido a reiterar la doctrina jurisprudencial) que una de las ventajas de la institución arbitral es que la misma dura lo que las partes determinan, el plazo vincula a los árbitros, de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral, dado que al aceptar el árbitro su nombramiento, se somete a la voluntad de los compromitentes, que son los que establecen el término en que los árbitros han de desempeñar su cometido, y a los mismos les obliga por la eficacia contractual del pacto, sin que pueda quedar al arbitrio del amigable componedor la alteración de este requisito esencial a su función que debe cesar en sus efectos al expirar aquél. En conclusión, el laudo sólo será eficaz y válido durante el plazo señalado en la escritura de compromiso, con la prórroga en su caso. (Véase necesariamente la sentencia de 9 de febrero de 1984 y del mismo modo las de 6 de febrero de 1986, 29 de septiembre de 1984, y también, entre otras, la de 23 de enero de 1946) (F.LL.Y.)

58. Laudo dictado en arbitraje de equidad. Nulidad.—La intervención en el nombramiento de árbitro y conferimiento de facultad para otorgar contrato de compromiso ha de ser expresa e inequívoca, cualidades que no reúne la autorización que resulta de lo actuado a favor del representante administrador de la entidad recurrida. En definitiva, conforme al artículo 6, párrafo 3, del Código civil, el acto del otorgamiento de un compromiso sin poder expreso previo es nulo de pleno derecho, sin que la ley en este caso establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Lugar del arbitraje.—La falta de este requisito motiva igualmente la nulidad del arbitraje y del laudo consiguiente, sin que pueda estimarse la mención exigida por la ley supérflua, toda vez que este requisito equivale a un señalamiento de fuero para atribuir la competencia judicial en función del auxilio que puede corresponder prestar a los jueces, bien para la práctica de pruebas, para la ejecución del laudo o para evitar dudas y conflictos que pueden originarse si los árbitros y los compromitentes tienen distinto domicilio. (STS 22 septiembre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso recurso de nulidad contra un laudo dictado en arbitraje de equidad, derivando la nulidad de la escritura de compromiso de la falta de absoluta legitimidad o personalidad en quien compareció para otorgar y firmar la escritura de compromiso; carece del poder especial requerido por el artículo 1.713 del Código civil y la Ley de 22 de diciembre de 1953. El Tribunal Supremo considera procedente el recurso de nulidad.

59. Recurso de revisión.—Constituye doctrina de esta Sala: A) que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados; B) la interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho; C) el plazo para interponerle es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad (artículo 1.798) y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal «*dies a quo*»; D) la maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardides, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que existe nexo causal eficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial, y ha de resultar de hechos ajenos al pleito, pero no los alegados y discutidos en él; E) revela mala fe el recurrente que intenta combatir sin fundamento alguno una sentencia firme haciendo uso de este remedio formal. (STS 3 octubre 1987; improcedencia del recurso de revisión.)

60. Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta.—El arrendador eludió la presencia del arrendatario en el proceso, finalidad reveladora de maquinación fraudulenta, como proclama una constante jurisprudencia (Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1979, 28 de marzo de 1983 y 27 de enero de 1986, entre otras). (STS 23 septiembre 1987; es procedente el recurso de revisión.)

61. Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados.—La acción en demanda de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados sólo puede exigirse por los daños y perjuicios que causen cuando, en el desempeño de sus funciones, incurran en dolo o culpa, o infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable. Persi-

gue pues dicha acción un resarcimiento de los daños causados por dolo o culpa, con la limitación de que en ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el proceso (Sentencia de 10 de octubre de 1987).

NOTA.—La parte demandante solicitó fundamentalmente que se le indemnizara por los demandados en una determinada cantidad de dinero, parte de ella en concepto de daño emergente, y por daños morales solicitó una específica compensación económica, por estimar que el Tribunal que falló el asunto en Primera Instancia actuó de forma parcial (J.A.M.M.)

62. Ejecución de sentencia. Determinación de la indemnización.—La determinación de la indemnización en función de la renta fijada en la cédula de calificación definitiva no excluye, sino que incluso fundamenta, la computación de los incrementos de renta: en la propia cédula se afirma que «las rentas expresadas podrán ser incrementadas por las causas y en la forma que determinan los artículos 122 y 123 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial».

Según tiene declarado este Tribunal, la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene el carácter de deuda de valor y su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a aquella en la que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia. (STS 26 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia firme en trámite de ejecución estableció que el ejecutado satisfaría a los ejecutantes, en concepto de daños y perjuicios, «el importe de las rentas mensuales a ellos asignadas (se refiere a los pisos) en la cédula de calificación definitiva, desde el mes de diciembre de 1977 hasta su entrega». El auto del Juzgado obtuvo las cantidades multiplicando por ochenta y cinco meses (diciembre de 1977 a diciembre de 1984) las rentas establecidas en la cédula de calificación definitiva y vigentes en la fecha de ésta. Recurrieron los ejecutantes ante la Audiencia y sostuvieron que debían computarse los incrementos oficiales de rentas producidos con posterioridad a la fecha de la cédula de calificación definitiva, a lo que accedió la Sala de Instancia. No prospera el recurso de casación interpuesto por el ejecutado. (J.A.M.M.)

63. Recurso extraordinario de revisión. Caducidad de la acción.—Esta Sala ha exigido constantemente que se date el descubrimiento del fraude para tomar raíz de inicio del plazo del artículo 1.798, añadiendo —y es lo que ahora importa— que dicho plazo es de caducidad. A partir de esa naturaleza, el cómputo no puede efectuarse tomando en consideración lo dispuesto en las leyes procesales para el de los plazos establecidos por meses, esto es, aplicando el Decreto-Ley 5/1973, de 17 de julio, por el que se declaran inhábiles, a efectos judiciales, todos los días del mes de agosto de cada año y que es el antecedente del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ni los citados preceptos, ni los artículos 303 a 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni los 182 a 185 a más del ya invocado 183 de aquélla tienen que ver con el cómputo del plazo del artículo 1.798 que debe hacerse, como plazo civil que es, de fecha a fecha y conforme

a lo que dispone el artículo 5.º del Código civil, esto es, sin descontarse en ningún caso los días ni el inhábil mes de agosto, como acertadamente ha dictaminado el Ministerio Fiscal. El plazo de tres meses aparece por ello, en el caso, transcurrido y caducado el motivo de revisión por cuanto la comparecencia del recurrente aquí en el juicio de que trae causa y la puesta de manifiesto del mismo datan de julio de 1985 y la presente demanda de revisión se interpuso el 11 de noviembre de dicho año 1985.

Inexistencia de maquinación fraudulenta.—Tampoco sería incontrovertible la estimación de la demanda rescisoria, ya que la causa de revisión alegada, que es la maquinación fraudulenta determinante del contenido condenatorio de la sentencia del juicio sujeto a la revisión, no puede consistir en haberse omitido la pesquisición del domicilio familiar a través de la guía telefónica o del Colegio de Abogados, sino que resulta de una conducta dolosa conscientemente enderezada a aquel efecto y ni siquiera se significa por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con secuela de indefensión de no inspirarlo el designio de ganar injustamente la sentencia (STS 28 septiembre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

64. Concesión de audiencia en rebeldía, por ausencia constante del lugar donde se realizó el emplazamiento.—La rebeldía se estima totalmente ficta, y la Ley es por ello menos restrictiva cuando el emplazamiento se efectúa por edictos. Basta entonces acreditar la ausencia constante del lugar en que se siguió el juicio desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia y la ausencia del punto de la última residencia al tiempo en que se publicaren los edictos de emplazamiento. La causa a la que puede obedecer esta doble ausencia, no es tenida, ni puede ser tenida en cuenta por la ley; sólo exige el acreditamiento del hecho en sí, no sin voluntariedad o involuntariedad. Y como quiera que en el presente caso concurren los citados requisitos, era obligado que el Tribunal «a quo» acordase dar audiencia al litigante rebelde, y al no hacerlo así ha infringido los preceptos citados por el recurrente (STS 30 octubre 1987; ha lugar.) (L.F.R.S.)

65. Rectificación de asientos registrales. Libre apreciación de los medios de prueba.—Es preciso recoger la constante doctrina de esta Sala, cuando declara que la garantía de la fe pública de la escritura no alcanza, o no concede el privilegio de la veracidad intrínseca o material, a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha en cuanto a tercero), puesto que el contenido de las declaraciones de los otorgantes puede ser enervado por otras pruebas, dado el sistema libre de apreciación de los medios que la ley consigna, sin valor preferente de unos sobre los otros en general, dependiendo la fuerza de un documento de que otro elemento de prueba no patentice cosa distinta (Sentencias de 9 de diciembre de 1981, 15 de febrero de 1982, 26 de febrero de 1983, 26 de diciembre de 1983, etc.), doctrina que en relación con las declaraciones de los interesados (también vertidas en documentos públicos) cuando afirman, en sus testamentos de 2 de febrero de 1961 «que dichas fincas resultan de naturaleza ganancial, porque aun cuando aparecen adjudicadas a la testadora en la herencia de su padre, lo fueron en realidad como compensación al matrimonio, por el valor de la casa número 16 de la calle Pozo de Villar, de Gallimazo, que pertenecía a la sociedad conyugal, y que fue cedida por ésta al hermano de la testadora», o cuando en los mismos documentos se afirma «que las fincas compradas a don Tomás Sánchez

Sánchez en escritura de fecha 5 de mayo de 1954... tienen el carácter de privativas del testador, ya que el dinero empleado en su adquisición procedía de la venta hecha por el testador a don Octavio Hierro Sánchez de varias fincas, adquiridas por compra a doña Josefa Gómez de Liaño, con dinero procedente de la herencia de sus padres», declaraciones efectuadas conjuntamente por los esposos interesados, en fecha muy posterior a los documentos que se citan en el motivo, y no desvirtuadas por otros elementos probatorios, lo que obliga a desestimar el presente motivo.

Doctrina de los actos propios.—«La fuerza vinculante del acto propio («nemine licet adversus sua facta venire») estriba en ser éste expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho o al explícito reconocimiento de una situación jurídica, generando una actitud desacorde con la posterior conducta del sujeto» (Sentencias de 14 de febrero, 5 de octubre y 21 de diciembre de 1984, 12 de diciembre de 1985 y 16 de marzo de 1987) y en base al cual la Sala de instancia entendió correctamente que la primitiva actora en este procedimiento contradecía sus propios actos, pues si consciente, voluntaria y reflexivamente en 2 de febrero de 1961 tomó, en compañía de su marido, todas las prevenciones razonablemente necesarias para que en el futuro no existieran dudas respecto a la naturaleza jurídica de la totalidad de los bienes matrimoniales (acta de rectificación de errores y testamento), su unilateral conducta posterior, en la liquidación de la sociedad conyugal y cuaderno particional de la herencia de su esposo fallecido y en esta demanda, representa una actitud totalmente desacorde con el reconocimiento primitivamente prestado, que viola el concepto doctrinal al que nos estamos refiriendo (STS 3 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

